Der Abholungs- und Duldungsanspruch im BGB.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

Hohen Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität

zu Tübingen

vorgelegt von

Franz Schönig

Referendar in Merseburg

Tübingen 1928

Max Rummel, Buch- und Kunstdruckerei, Komm.-Ges., Halle-Saale

Referent: Professor Dr. Ph. Heck

Von der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen
als Dissertation im Juli 1928 angenommen

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinem Vater!

Inhaltsverzeichnis.

	Seite
§ 1. Grundgedanke des Abholungsanspruchs	9
§ 2. Verwandte Rechtsinstitute im römischen und gemeinen Recht	11
§ 3. Entstehungsgeschichte	13
§ 4. Voraussetzungen der §§ 867 und 1005 BGB.	
I. Gelangen einer Sache auf fremdes Grundstück	14
II. Aktivlegitimation	25
III. Passivlegitimation	27
IV. Beweislast	30
§ 5. Ziel des Anspruchs aus §§ 867 und 1005 BGB.	30
§ 6. Einwendungen und Einreden des Grundstücksbesitzers	37
I. Die Einwendung des § 867, 1 BGB.	38
II. Die Einrede des § 867, 3 BGB.	43
III. Einwendungen petitorischer Art	44
IV. Sonst zulässige Einwendungen	46
§ 7. Schadensersatzpflichten:	
I. Des Abholers	47
II. Des Grundstücksbesitzers	49
§ 8. Konkurrenzprobleme	50
Anhang: Stellungnahme zu dem Problem der „objektiven Störungslage“	53

Verzeichnis der benutzten Bücher und Schriften.

Achilles: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1906.

Bartels: Ausführungen zur Besitzlehre des Bürgerlichen Gesetzbuches. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts. 1898. S. 645 ff.

Bekker: Der Besitz beweglicher Sachen. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik. Bd. 34, S. 1 ff. 1895.

Biermann: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 6. Bd., 3. Aufl. 1914.

Crome: System des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. 3. 1905.

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1, 5. Aufl., 1910; Bd. 2, 5. Aufl. 1912.

Demelius: Die Exhibitionspflicht. Graz 1872.

Dernburg: Das bürgerliche Recht. Bd. 3, 4. Aufl. 1908.

Dorn: Die Pflicht des Grundstücksbesitzers zur Gestattung der Aufsuchung §§ 867, 1005 BGB. Marburg 1912. Diss.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2, 1. 1905.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Gesetzbuches. II, 1. 21.—22. Aufl. 1926.

Erdmann: Der Abholungsanspruch der §§ 867 und 1005 des Bürgerlichen Gesetzbuches mit Berücksichtigung der actio ad exhibendum. Leipzig 1909. Diss.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. 10. Aufl. 1918.

Frank: Der Besitzwille nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Bonn 1898. Diss.

Gärtner: Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust nach römischem und neuerem Rechte. Breslau 1901.

Gierke: Deutsches Privatrecht. Bd. 2. 1905.

Klein: Der Abholungsanspruch aus § 867 und § 1005 des Bürgerlichen Gesetzbuches. Leipzig 1903. Diss.

Kniep I: Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Rechte. 1900.

Kniep II: Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1912.

Kuhlenbeck: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz. Bd. 2, 2. Aufl. 1903.

Lewald: § 867 BGB., seine Voraussetzungen und die in ihm dem Sachbesitzer und Grundstücksbesitzer gewährten Ansprüche. Greifswald 1919. Diss.

Maenner: Das Sachenrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1906.

Matthiaß: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1910.

Meißner: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 2, 1898 und Bd. 3, 1901.

Mugdan: Die gesammelten Materialien des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. 3. 1899.

Neumann: Jahrbuch des deutschen Rechts. 1912.

Pescatore: Der Abholungsanspruch der §§ 867 und 1005 des Bürgerlichen Gesetzbuches. Greifswald 1913. Diss.

Planck-Strohal: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. 3, 1. Lieferung. 1915.

Rosenberg: Sachenrecht. 1919. 1. Halbband.

Rohde: Studium im Besitzrecht. Bd. 1. 1913.

Schellert: Der Abholungsanspruch des § 867 BGB. unter Berücksichtigung des Zurückbehaltungsrechts des Grundstücksbesitzers. Rostock 1910. Diss.

Schröder: Der Abholungsanspruch der §§ 867 und 1005 des Bürgerlichen Gesetzbuches. Leipzig 1907. Diss.

Schmidt: Voraussetzungen, Wesen und Wirkungen des Abholungsanspruchs nach dem BGB. Halle 1919. Diss.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. III. 9. Aufl. 1926.

Straßner: Der Abholungsanspruch des § 867 BGB. unter Berücksichtigung des Anspruchs aus § 1005 BGB. Leipzig 1908. Diss.

Strohal: Der Sachbesitz im Bürgerlichen Gesetzbuch. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik. 1898. Bd. 38, S. 1 ff.

v. Tuhr: Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. I. Leipzig 1910.

Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen. Bd. I. 3. Aufl. 1906.

Vester: Der Abholungsanspruch des § 867 BGB. Leipzig 1910. Diss.

Wendt: Besitz und Besitzwille. In der Festschrift für die Juristische Fakultät in Gießen zum Universitätsjubiläum 1907.

Wolf: Der Abholungsanspruch des § 867 BGB. unter Berücksichtigung des Anspruchs aus § 1005 BGB. Leipzig 1912. Diss.

Motive zu dem Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung. Berlin.

Reichsgerichtsrätekommentar 1921.

Seufferts Archiv, Bd. 57, S. 1.

Juristische Wochenschrift 1910.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Bd. 26, S. 4.

§ 1. Grundgedanke des Abholungsanspruchs.

Der von der Literatur fast übereinstimmend als Abholungsanspruch bezeichnete Anspruch der §§ 867 und 1005 BGB. verpflichtet den Besitzer eines Grundstückes gegenüber demjenigen, dessen bewegliche Sache auf dieses Grundstück gelangt ist, die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache zu gestatten.

Bei der Frage, ob überhaupt ein Bedürfnis vorlag, diesen Anspruch in das Bürgerliche Gesetzbuch aufzunehmen, da doch das Gesetz dem Besitze bzw. dem Eigentum bereits auf verschiedene Art und Weise Schutz angedeihen läßt (die §§ des Selbstschutzes § 859 BGB. des Gerichtsschutzes §§ 861, 862 BGB. und § 985 BGB.) ist zu beachten, daß diese Schutzmittel nur dann zur Geltung gelangen, wenn ein Eingriff eines anderen vorliegt, der sich als verbotene Eigenmacht des § 859 BGB. darstellt. Versagen würde einerseits der Besitzschutz, wenn zwar der Besitzer in seinem Besitze nicht gestört oder beeinträchtigt wird, die Sache aber in die Machtsphäre eines anderen gelangt, aus der sie nicht ohne weiteres wiedererlangt werden kann, ohne dass die Machtsphäre des anderen verletzt wird. Das ist der Fall, wenn eine Sache z. B. durch Zufall auf das Grundstück eines anderen gelangt und der Besitzer der Sache nicht ohne weiteres in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt über die Sache wiederzuerlangen (z. B. eine Überschwemmung trägt gelagertes Holz auf ein fremdes Grundstück). Nimmt der Besitzer des Grundstückes die Sache an sich, handelt er widerrechtlich, und der frühere Besitzer hat den Anspruch auf Herausgabe nach § 861 BGB. Schutzlos wäre er aber, wenn der Grundstücksbesitzer zwar die Sache nicht an sich nähme, ihm aber auch nicht gestattete, sie abzuholen. An weiteren Beispielen seien folgende angeführt: Der Wind treibt meinen Hut auf den Hof des Nachbarn, Hühner legen in fremde Gärten Eier, ein wildes Tier bricht aus dem Zoologischen Garten aus und verbirgt sich in einem fremden Park. Wenn in diesen Fällen der Grundstücksbesitzer zwar die Sache nicht an sich nähme, dem Verlierer aber auch nicht gestattete, sie abzuholen,

könnten die soeben angeführten Besitzschutzmittel nicht geltend gemacht werden, da ja der Besitz an diesen Sachen weder beeinträchtigt noch entzogen wurde, sondern die Sachen lediglich in die Machtsphäre eines anderen gelangt sind und eben nur durch Verletzung dieser Machtsphäre wiedererlangt werden können. Ebenso wären petitorische Ansprüche andererseits ausgeschlossen, da sie nur gegen die Beklagten geltend gemacht werden können, die Besitzer geworden sind. Dies wird der Grundstücksbesitzer aber, wie noch ausgeführt wird, nicht ohne weiteres dadurch, daß die Sache auf sein Grundstück gelangt. Nimmt der Grundstücksbesitzer die Sache nicht an sich, so wäre der Verlierer der Sache fast schutzlos, da ihm alsdann nur der Schadenersatzanspruch aus §§ 823 ff. BGB. gegeben wäre.[1]) Diesem Bedürfnis einer Erweiterung des Rechtschutzes gegen Entziehung bei Sachenrechten, nämlich dem Verlierer einer Sache einen Anspruch auf Wiedererlangung in einem Falle zu gewähren, in dem die sonstigen gesetzlichen Schutzmittel versagen mußten, entsprang die Aufnahme der §§ 867 und 1005 in das BGB.

Dabei wollen diese Bestimmungen jedoch nicht nur eine notwendige Ergänzungsnorm der allgemeinen Wiedererlangungsansprüche bilden, sondern sollen ferner im Interesse der Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens[2]) ein schleuniges Mittel für den Verlierer sein, die aus seiner Gewalt auf das fremde Grundstück geratene Sache wiederzuerhalten. Dabei hat dem Gesetzgeber sicherlich fern gelegen, die Klage auf Gestattung der Abholung und die Zwangsvollstreckung aus dem Urteile um ihrer selbst willen zu geben, da, bevor ein derartiger Prozeß entschieden sein würde, aus den angeführten Beispielen, der Hut unbrauchbar geworden, das Tier längst fortgelaufen wäre. Die §§ 867 und 1005 BGB. bezwecken daher wohl mehr eine gütliche Regelung, ohne daß die Gerichte angerufen werden sollen.[3])

Die Voraussetzungen und Wirkungen dieses Abholungsanspruches in vergleichender Darstellung der §§ 867 und 1005 BGB. zu prüfen, soll die Aufgabe dieser Arbeit sein, der ein rechtshistorischer Überblick vorausgehen wird.

---

[1]) So Pescatore, S. 14/15.

[2]) Denkschrift zum Entwurfe eines BGB. 1896, S. 109.

[3]) So auch Plank, Bd. III, Bem. A zu § 867 BGB.

§ 2. Verwandte Rechtsinstitute im römischen und gemeinen Recht.

Die allgemeine Gestattung der Abholung des Bürgerlichen Gesetzbuches ist ein vollkommen neues Rechtsinstitut.[1]) Zwar finden sich im römischen und gemeinen Rechte sowie im Allgemeinen Landrechte verwandte Rechtsinstitute; als Grundlage für den Abholungsanspruch des BGB. können sie jedoch nicht bezeichnet werden, da jenen ein einheitlicher Grundgedanke nicht zugrunde lag, wie dies im BGB. der Fall ist.

Die im 1 D X, 4 geregelte actio ad exhibendum des „römischen" Rechts war eine prätorische actio arbitraria, die demjenigen zustand, der einen dinglichen Anspruch auf die Sache behauptete und damit ein berechtigtes Interesse an der Sache dartat, und auf das Vorzeigen einer Sache gerichtet war. Sie diente in erster Linie zunächst wohl nur allein der Vorbereitung der Eigentumsklage, wurde aber später auch vor der Anstellung anderer dinglicher Klagen gegeben. Insbesondere stand sie dem mit einem Optionslegat Bedachten zur Ermöglichung seines Wahlrechts zu und konnte auch zur Vorbereitung einer Noxalklage erhoben werden. Ob sie auch zur Vorbereitung anderer obligatorischer Klagen diente, ist bestritten, wird aber wohl mit Demelius[2]) zu verneinen sein. Das wesentliche Merkmal dieser Klage war also, daß sie stets zur Vorbereitung einer anderen diente. Während weiter die Klage in ihrer ursprünglichen Form voraussetzte, daß der Beklagte Besitzer der Sache war,[3]) ging sie in der späteren Entwicklung gegen jeden, der imstande war, dem Exhibitionsanspruch stattzugeben, ohne Rücksicht darauf, ob er Besitzer war oder nicht. Dadurch wurde es möglich, gegen einen Grundstücksbesitzer, auf dessen Grundstück die Sache geraten war, zu klagen.[4]) Eine Verpflichtung zur Herausgabe endlich lag dem Grundstücksbesitzer zunächst nicht ob. Trotzdem hatte oft die Klage im Ergebnis diesen Erfolg, nämlich dann, wenn der Beklagte das Recht des Abholers nicht bestritt; in diesem Falle endete die Klage mit der Befugnis des Abholers, die Sache weg-

[1]) So auch Pescatore, S. 12ff.
[2]) a. a. O. S. 147.
[3]) Kniep I, S. 33.
[4]) Vgl. 1,5 §§ 1, 4 und 6 D ad exhibendum X, 4.

zunehmen oder ihre Herausgabe zu verlangen. Der Ausgang des Prozesses war also nur unter gewissen Umständen für den Kläger der gleiche, wie bei den §§ 867 und 1005 BGB. Sie kann deswegen als eigentlicher Vorläufer des im BGB. geregelten Abholungsanspruchs nicht angesprochen werden.

Als verwandtes Rechtsinstitut des römischen Rechts bliebe noch das interdictum de glande legenda (Dig X L III 28) anzuführen, das dem Eigentümer von übergefallenen Früchten das Recht gab, sie „tertio quoque die" abzuholen. Doch kann auch dieses Interdikt nicht für §§ 867 und 1005 BGB. als grundlegend angesehen werden, wenn es auch ähnliche Rechtsgedanken enthält, da das Abholungsrecht hinsichtlich übergefallener Früchte überhaupt ausgeschlossen ist.

Auch das „gemeine" Recht kannte eine Klage, die der actio ad exhibendum des römischen Rechts nachgebildet war, und die zum Ziele hatte, daß der Sachbesitzer eine auf ein fremdes Gebiet gelangte Sache abholen durfte. Aber auch dieses Exhibitionsrecht des gemeinen Rechts enthielt für den Grundstücksbesitzer noch keine unbedingte Verpflichtung, die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache zu gestatten. Wohl aber brauchte nach herrschender Ansicht der Exhibitionspflichtige entweder die Wegnahme der Sache nur gegen cautio de damno futuro et praeterito zu gestatten, oder aber er konnte die Sache an sich nehmen und sich so der Beklagtenrolle in dem nunmehr ermöglichten Vindikationsprozesse unterziehen.

Auch im „preußischen Allgemeinen Landrecht" finden sich endlich dem Abholungsanspruch des BGB. ähnliche Bestimmungen, die indes lediglich einige Spezialfälle auf Abholung einer in fremdes Machtgebiet gelangten Sache regelten. Es gab nämlich das Allgemeine Landrecht[1]) einmal dem Besitzer des Mutterbienenstockes das Recht, schwärmende Bienen auch auf fremde Grundstücke zu verfolgen und dort einzufangen; sodann durfte der Eigentümer von Privatwässern seine bei Überschwemmung oder Dammbruch auf fremde Grundstücke gelangten Fische dort wieder einfangen. Endlich war der Sachbesitzer dazu befugt, durch Sturm auf Nachbargrundstücke geworfene Baumstämme und Äste wieder einzusammeln. Ein allgemeines Abholungsrecht sowie eine allgemeine Gestattungspflicht begründeten also auch die Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts

[1]) I, 9 §§ 122, 178, 293, 296.

nicht, so daß das nach dieser Richtung hin im BGB. geregelte Rechtsinstitut in gesetzgeberischer Hinsicht ein völliges novum bedeutet, jedenfalls völlig unabhängig von dem bereits im Allgemeinen Landrecht bekannten Rechtsinstituten geregelt ist.

§ 3. Entstehungsgeschichte.

Eine Verallgemeinerung des Gedankens, der den partikularrechtlichen Aufsuchungsrechten zugrunde liegt, findet sich schon im ersten Entwurfe des BGB. ausgesprochen (§ 867 E I). Er legte dem „Grundstückseigentümer", auf dessen Gebiet sich eine fremde bewegliche Sache befand, die Pflicht auf, dem „Eigentümer oder bisherigen Inhaber der Sache" die zur Aufsuchung, Erlangung und Fortschaffung der Sache erforderlichen Handlungen zu gestatten. Weiter sah der Entwurf als Aequivalent für diese Belastung des Grundstückseigentümers vor, daß der Aktivlegitimierte den aus diesen Handlungen entstandenen Schaden zu ersetzen, und wenn ein solcher zu befürchten war, wegen Ersatzes dafür vorher Sicherheit zu leisten habe.

Im zweiten Entwurfe (§ 789 E II) erfuhr diese vorgesehene Regelung eine erhebliche Abänderung insofern, als lediglich die „Besitzer" auf der Aktiv- und Passivseite legitimiert wurden[1]). Dies machte die Schaffung des § 907 E II notwendig, der dem Eigentümer der beweglichen Sache einen dem § 867 E I entsprechenden Anspruch auf Rechtsschutz zubilligte. Diese Bestimmung ist später in unveränderter Fassung als § 1005 in das BGB. übergegangen. Darüber hinaus weist § 789 E II erhebliche Abweichungen von § 867 E I noch insoweit auf, als zu den Tatbestandsvoraussetzungen des Abholungsanspruches nicht nur gehört, daß sich auf dem Grundstücke eine dem Grundeigentümer nicht gehörige Sache „befindet", sondern daß die Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitze eines anderen befindliches Grundstück „gelangt" sein muß (§ 789 E II). Sodann schließt § 789 E II mit der Bestimmung „sofern nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen wurde" den Abholungsanspruch in einem Falle überhaupt aus, in dem § 867 E I keine Ausnahme machte.

[1]) Mugdan, Mat. III, 165.

Endlich gab § 789 E II dem Grundbesitzer unter gewissen Voraussetzungen das Recht, die Gestattung zu verweigern. „Ist die Entstehung eines Schadens zu erwarten, kann die Gestattung verweigert werden, bis Sicherheit geleistet worden ist." Die übrigen Fassungen des Textes weichen im wesentlichen nicht voneinander ab und haben auch den gleichen Inhalt wie § 789 E II. Lediglich bei der Schlußberatung in der zweiten Kommission wurde noch der Zusatz hinzugefügt (Satz III, zweite Hälfte, B § 852, A § 851, BGB. § 867) daß die Verweigerung unzulässig sein sollte, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden sei. Es lauten daher die §§ 867 und 1005 BGB. in ihrer jetzigen Fassung:

§ 867 BGB.: Ist eine Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitze eines anderen befindliches Grundstück gelangt, so hat ihm der Besitzer die Aufsuchung und Wegschaffung zu gestatten, sofern nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen worden ist. Der Besitzer des Grundstücks kann Ersatz des durch die Aufsuchung und Wegschaffung entstehenden Schadens verlangen. Er kann, wenn die Entstehung eines Schadens zu besorgen ist, die Gestattung verweigern, bis ihm Sicherheit geleistet wird; die Verweigerung ist unzulässig, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist.

§ 1005 BGB.: Befindet sich eine Sache auf einem Grundstücke, das ein anderer als der Eigentümer der Sache besitzt, so steht diesem gegen den Besitzer des Grundstücks der im § 867 bestimmte Anspruch zu.

Dieser entstehungsgeschichtliche Überblick beweist, daß für die §§ 867 und 1005 BGB. der gleiche Grundgedanke maßgebend gewesen ist, ja daß sogar dieser Gedanke im § 1005 BGB. ursprünglicher verwirklicht worden ist, als im § 867 BGB. Dieser Grundgedanke selbst bestand, wie bereits gezeigt, in einer Rechtsschutzerweiterung gegen die Entziehung von Sachen- und Besitzrechten.

---

§ 4. Voraussetzungen der §§ 867 und 1005 BGB.

I. Gelangen einer Sache auf fremdes Grundstück.

Betrachtet man zunächst den Abholungsanspruch des § 867 BGB., so ergibt sich aus der Fassung des Gesetzes als die Grundlage für die Durchführung dieses Anspruchs, daß

„eine Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitze eines anderen befindliches Grundstück gelangt sein muß", und zwar aus irgendeinem Grunde. Dieser Entstehungsgrund kann also sowohl auf Naturgewalt, wie auf eigenen Handlungen und solchen Dritter beruhen. Bei der Auslegung dieser Worte geht Biermann,[1]) dem sich Dorn anschließt, von der Auffassung aus, daß das Gelangen aus der Gewalt des Besitzers und das Gelangen auf ein im Besitze eines anderen befindliches Grundstück zwei nebeneinanderstehende selbständige Voraussetzungen bilden. Dieser Ansicht kann nach meinem Dafürhalten nur eine theoretische Bedeutung zukommen, die der Klärung des äußeren Tatbestandes dient. Sachlich, darüber besteht volle Einigkeit in der Literatur, kann naturgemäß der Anspruch des § 867 BGB. nur dort zur Entstehung gelangen, wo die Tatbestandsvoraussetzungen dieser Bestimmung sämtlich erfüllt sind.

Auch der Abholungsanspruch des § 1005 BGB. hat zur Voraussetzung, daß „die Sache sich auf einem Grundstück befinden muß, das ein anderer als der Eigentümer der Sache besitzt".

Jedoch zeigt eine vergleichende Betrachtung des Gesetzeswortlauts dieser Bestimmung mit der des § 867 BGB. die Unterschiede, daß der § 1005 BGB. von dem Eigentümer im Gegensatz zum Besitzer der Sache spricht, und daß ferner der § 1005 BGB. nicht voraussetzt, daß die Sache aus der Gewalt des Eigentümers auf das Grundstück gelangt sein muß.

Hieraus folgt, daß die Voraussetzungen des § 1005 BGB. im Vergleich zu § 867 BGB. teils ein erweiterndes, teils ein einschränkendes Tatbestandsmerkmal enthalten, erweiternd insoweit, als der Abholungsanspruch auch dann gegeben ist, wenn ein Dritter die Herrschaftsgewalt über die Sache aufgegeben hat oder aufgeben mußte, einschränkend insoweit, als der Abholungsanspruch in solchem Falle stets nur dem Eigentümer der Sache zustehen kann.

Der eingehenden Erörterung bedürfen nun die einzelnen Tatbestandsmerkmale der vorerwähnten Bestimmungen, so daß zu untersuchen ist:

a) Was versteht das Gesetz unter dem Ausdruck „Sache",

b) was besagt der Ausdruck „aus der Gewalt" und

[1]) a. a. O. zu § 867 Ia und b.

c) ist der Abholungsanspruch nur auf die Fälle begrenzt, in denen die Sache auf ein „Grundstück" gelangt.

Zu a). Über den Begriff „Sache" können angesichts der unzweideutigen Legaldefinition des § 90 BGB. keine Zweifel bestehen, so daß für die §§ 867 und 1005 BGB. an sich nur bewegliche Sachen in Frage kommen können. Indes wird allgemein eine analoge Ausdehnung des Abholungsanspruches auf die Fälle für zulässig gehalten, bei denen es sich um einen menschlichen Körper handelt, so z. B., wenn sich ein Kind in einem Parke verirrt hat. Auch sollen die Vorschriften der §§ 1005 und 867 BGB. überall dort zur Anwendung gelangen dürfen, wo die Sache erst in dem Augenblicke, in dem sie aus der Gewalt des Besitzers gelangt, diese Eigenschaft erlangt, gleichviel also, ob sie vorher eine unbewegliche (der Giebel eines Hauses stürzt bei einem Sturm auf das Nachbargrundstück) oder lebende (Vögel, Hunde) war oder nicht (Hut, Tennisball).

Zu b). Dagegen herrscht in der Literatur Meinungsverschiedenheit über die Auslegung des Ausdrucks im Tatbestande des § 867 BGB. „aus der Gewalt des Besitzers", eine Ausdrucksweise, die, wie bereits betont, sich im § 1005 BGB. nicht findet.

Um hier zu dem richtigen Ergebnisse zu gelangen, muß zunächst erörtert werden, ob dadurch, daß die Sache auf ein im Besitze eines anderen befindliches Grundstück gelangt, stets Beendigung des Besitzes seitens des Verlierers eintritt oder nicht. Notwendig ist diese Untersuchung einmal, weil von ihrem Ergebnisse es abhängt, ob im Falle einer späteren Inbesitznahme durch den Grundstücksbesitzer Besitzentziehung durch verbotene Eigenmacht vorliegt, zum andern deswegen, um zu den Ansichten Stellung nehmen zu können, die teils Fortdauer des Besitzes (Kniep), teils Beendigung desselben (Biermann) als Voraussetzung für den Abholungsanspruch ansehen.

Bei der Untersuchung, wann nach den Voraussetzungen des Gesetzes Beendigung des Besitzes eintritt, ist zwischen Beendigung des mittelbaren und unmittelbaren Besitzes zu unterscheiden. Nach § 856 BGB. wird durch den Verlust der tatsächlichen Gewalt über eine Sache, an der man Besitz hat,

der unmittelbare Besitz an der Sache beendigt. Dieser Verlust kann durch Untergang, Aufgabe, Entziehung der Sache durch einen Dritten, bei beweglichen Sachen auch durch Verlieren eintreten. Bei Sachen, die sich nicht im Gewahrsam des Besitzers befinden, kann die Aufgabe durch die ausdrückliche Erklärung des Besitzers erfolgen, die Sache nicht mehr besitzen zu wollen. Der unmittelbare Besitz wird aber nicht dadurch beendigt, daß der unmittelbare Besitzer die tatsächliche Gewalt nicht fortwährend ausübt, denn nach § 856 II BGB. behält er den Besitz, wenn er verhindert ist, die tatsächliche Gewalt auszuüben, vorausgesetzt, daß diese Verhinderung eine ihrer Natur nach vorübergehende ist.

Der mittelbare Besitz dagegen wird einmal durch den Untergang der Sache beendigt, bei beweglichen Sachen aber auch dadurch, daß der unmittelbare Besitzer sie verliert. Wird der unmittelbare Besitzer aber durch einen Dritten seines Besitzes entsetzt, so kann dadurch der mittelbare Besitz beendigt werden, an Stelle des beendigten mittelbaren Besitzes ein neuer treten oder der bisherige mittelbare Besitzer Alleinbesitzer werden. Gibt der unmittelbare Besitzer den Besitz auf, so wird der mittelbare Besitzer zum unmittelbaren, wenn die Sache dadurch in seine tatsächliche Gewalt kommt; sonst endigt der mittelbare Besitz. Bei Fortdauer des unmittelbaren Besitzes wird der mittelbare Besitz erst dadurch beendigt, daß das zwischen dem mittelbaren und unmittelbaren Besitzer bestehende Rechtsverhältnis, auf dem der mittelbare Besitz ruht, vertragsmäßig aufgehoben wird, ferner dadurch, daß der Herausgabeanspruch verjährt und der unmittelbare Besitzer mit Rücksicht darauf die Herausgabe verweigert, daß der Besitzer das Eigentum an der Sache ersitzt und schließlich der Besitzer den Besitz praktisch nicht mehr anerkennt.

Ist nun einer dieser gesetzlichen Gründe für das Erlöschen des Besitzverhältnisses dann gegeben, wenn eine Sache auf ein in fremdem Besitze sich befindliches Grundstück gelangt? Fällt z. B. ein an einem Faden befestigter Papierdrachen auf ein fremdes Grundstück, so hat der Besitzer sicher noch die Gewalt über die Sache, er ist auch nicht in der Ausübung derselben verhindert, da er ja an dem Faden den Papierdrachen jederzeit wieder an sich heranziehen kann. Er hat also noch Besitz.

Wie beurteilt sich aber der Sachverhalt, wenn ein Blumentopf bei Sturm vom Balkon in den benachbarten Garten fällt? Hat hier der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache verloren? Um diese auszuüben, müßte er ein fremdes Grundstück betreten, das Betreten stellt aber verbotene Eigenmacht dar. M. E. kann man trotzdem im vorliegenden Falle, wenn der Besitzer jederzeit in der Lage ist, aus dem Garten sich den Topf zurückzuholen, auch wenn er dabei widerrechtlich handeln müßte, nicht von einem Verlieren der tatsächlichen Gewalt im Sinne des § 856 BGB. und einem damit verbundenen Besitzverlust, sondern nur von einer vorübergehenden Verhinderung in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt sprechen. Denn der Besitz ist ein soziales Gewaltverhältnis und nicht eine bloße tatsächliche Innehabung. Ein soziales Gewaltverhältnis heißt, die Beziehungen des Besitzers zu den Sachen müssen noch so eng sein, daß der Verkehr noch nicht von einem Besitzverlust spricht. Das ist hier der Fall. Denn der Verlierer hat den Anspruch gegen den Grundstücksbesitzer auf sofortige Abholung. Er kommt auf diese Weise regelmäßig, da ja meist freiwillig ihm die Aufsuchung gewährt werden wird, binnen kurzem wieder in die tatsächliche Innehabung. Infolgedessen ist die zeitweilige Lösung des tatsächlichen Gewaltverhältnisses nicht so bedeutend, daß man von einem Besitzverlust sprechen kann.

Daß abgesehen davon der Besitz nicht gleichbedeutend mit bloßem tatsächlichen Innehaben ist, sondern daß er auch ein Recht ist, ergibt sich daraus, daß der Besitzer nicht nur gegen Störung im Besitze geschützt ist (§§ 861, 862 BGB.), sondern der Besitz auch auf den Erben übergeht, ohne daß dieser bereits die tatsächliche Gewalt über die Nachlaßgegenstände erlangt zu haben braucht (§ 857 BGB.). Gemäß § 870 BGB. kann sodann der (mittelbare) Besitz ohne tatsächliche Einräumung der Gewalt übertragen werden (durch Abtretung des Herausgabeanspruchs). Daher muß angenommen werden, daß der Besitz auch dann fortdauert, wenn zur Wiedererlangung der tatsächlichen Gewalt eine widerrechtliche Handlung — das Betreten eines fremden Grundstücks ohne Erlaubnis seines Besitzers im obigen Beispiel — erforderlich ist. Weitere Voraussetzung für eine Fortdauer des Besitzes in diesem Falle ist dann aber noch, daß der Verlierer bald wieder die tatsächliche

Gewalt über die Sache zu erlangen in der Lage ist, nur also eine vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt vorliegt. Andernfalls — so wenn ein seinem Käfig entflogener Kanarienvogel unauffindbar ist — hat der Verlierer die tatsächliche Gewalt über den Kanarienvogel und damit den Besitz verloren. Derselben Meinung ist Strohal[1]). Auch nach seiner Ansicht endigt der Besitz z. B. dann, wenn Sachen durch Überschwemmung meilenweit fortgetrieben und auf ein fremdes Grundstück getragen werden. Es liegt aber nur eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt vor, und der Besitz dauert gemäß § 856 II BGB. fort, wenn die im Hofraume des A aufgehängte Wäsche durch einen Windstoß auf den Nachbarhof des B getrieben wird. Ähnlicher Ansicht ist auch Biermann[2]), der Fortdauer des Besitzes annimmt, wenn jemandes Hut durch den Wind auf ein offenes fremdes Grundstück geweht wird, dagegen keine vorübergehende Verhinderung, sondern Besitzendigung bei umschlossenen Räumen, wenn z. B. ein Tennisball in das offenstehende Fenster einer benachbarten Wohnung fliegt.

Die vorstehenden Erörterungen beweisen also, daß je nach Lage des Falles es verschieden sein kann, ob der Sachbesitzer die tatsächliche Gewalt über eine Sache dann behält bzw. verliert, wenn diese auf ein fremdes Grundstück gelangt ist.

Damit drängt sich die weitere Frage auf, ob Besitzfortdauer oder Besitzverlust Voraussetzung für die Anwendung des § 867 BGB. ist, oder ob dieser Umstand unerheblich ist und nur die Tatsache hierfür von Bedeutung ist, daß die Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein fremdes Grundstück gelangt ist. Alle drei Ansichten sind in der Literatur vertreten.

Kniep[3]) äußert sich, jedoch ohne nähere Begründung, dahin: „Die Klage des § 867 BGB. setze voraus, daß der Besitz noch fortdauere. Sei die Sache inzwischen von einem anderen in Besitz genommen worden, sei es von dem Grundstücksbesitzer oder einem beliebigen Dritten, so greife die Besitzentziehungsklage Platz. Die Fortdauer des Besitzes könne

[1]) a. a. O. S. 54.
[2]) a. a. O. § 867 BGB., Bem. 1 b.
[3]) a. a. O. II, S. 476.

leicht zweifelhaft sein. Deshalb sei es anzuraten, mit der Besitzaufsuchungsklage erforderlichenfalls die Besitzentziehungsklage zu verbinden, was keinem Bedenken unterliege."

Dieser Auffassung kann aber nicht beigetreten werden. Denn ihre Voraussetzung, daß der Sachbesitzer niemals den Besitz verliert, wenn seine Sache auf ein fremdes Grundstück gelangt ist, hat sich bereits als unrichtig herausgestellt. Es wird vielmehr in der Regel Besitzverlust eingetreten sein. Den eben erwähnten Folgen kann man auch nicht dadurch entgehen, daß man die Klage aus § 867 BGB. mit der Besitzentziehungsklage verbindet. Denn mit dieser Klage würde man nur dann Erfolg haben, wenn inzwischen ein anderer Besitzer der Sache geworden wäre. In den meisten Fällen wird aber wohl die aus dem Besitz gelangte Sache besitzerlos sein. Dann ändert aber auch die Verbindung beider Klagen im Sinne Knieps nichts an dem Ergebnis, daß der Besitzer mit beiden Klagen abzuweisen ist, da es dann doch immer an einem Passivlegitimierten fehlen würde. Dieses Ergebnis widerspricht aber den Zwecken, die der Gesetzgeber mit der Aufnahme des § 867 in das BGB. verfolgte, so daß Besitzfortdauer nicht Voraussetzung für den Abholungsanspruch sein kann.[1])

Zutreffend erscheint mir die Ansicht von Rohde, dem auch Lewald beistimmt, der zur Widerlegung der Kniepschen Meinung anführt: „Wenn wirklich der bisherige Besitz noch fortdauern sollte, so gehöre dazu, daß gemäß §§ 854, 856 BGB. der bisherige Besitzer noch imstande wäre, über die Sache beliebig zu verfügen. Dann bedürfe er aber keines Rechtsmittels, um die Wiedererlangung der Sache zu ermöglichen, § 867 BGB. wäre dann überflüssig."

Die entgegengesetzte Auffassung, nämlich daß Besitzverlust Voraussetzung für den Abholungsanspruch des § 867 BGB. ist, vertreten Biermann, Barthels und Matthiaß.

Matthiaß[2]) erklärt ohne weiteres den früheren Besitzer für aktiv legitimiert, indem er unterstellt, daß sich dies aus dem Gesetzestext ergebe. Eine Begründung seiner Ansicht gibt er nicht. Barthels[3]) dagegen führt ungefähr folgendes aus: „Wenn eine Sache auf ein im Besitze eines anderen befindliches Grund-

[1]) So auch Mende S. 19.
[2]) a. a. O. § 148 D, S. 433.
[3]) a. a. O. S. 678.

stück gelangt sei, trete ohne weiteres Besitzverlust ein, da eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung nicht vorliege; denn ein Betreten des Grundstücks stehe ja dem Abholer ohne weiteres nicht zu. Der bisherige Besitzer könne nur beanspruchen, daß der Grundstücksbesitzer ihm die Aufsuchung und Wegschaffung, also die Inbesitznahme, gestatte." Nach dieser Ansicht wäre also Besitzverlust schon dann anzunehmen, wenn der Windstoß jemandes Hut einige Meter auf ein fremdes Grundstück treibt. Diese Annahme ist jedoch nicht richtig, da sie im Widerspruch zu der Bestimmung des § 856 BGB. steht, nach der eine nur vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt in solchen Fällen vielmehr anzunehmen ist und daher keinen Besitzverlust zur Folge hat.

Auch Biermann[1]) endlich verneint die Anwendbarkeit des § 867 BGB., wenn der Verlierer den Besitz noch nicht verloren hat, er fordert also Besitzverlust als Voraussetzung für den Abholungsanspruch. Er erkennt aber selbst an, daß Umstände eintreten können, die nicht unbedingt einen Besitzverlust erfordern (so z. B., wenn der Wind jemandes Hut einige Meter auf ein fremdes Grundstück treibt). In diesen Fällen will er jedoch den § 867 BGB. deswegen nicht angewendet wissen, vielmehr dem Verlierer das Recht zugestehen, das Grundstück zu betreten und sich seine Sache zu holen.

Daß § 867 BGB. aber kein unbeschränktes Verfolgungsrecht im Sinne einer allgemeinen Eigentumsbeschränkung gibt, so daß nun jedermann ohne weiteres befugt wäre, ein fremdes Grundstück zur Aufsuchung des Verlorenen zu betreten, wird an anderer Stelle noch näher dargelegt werden. Betritt also der Abholer das Grundstück, so begeht er nach § 858 BGB. verbotene Eigenmacht.[2]) Der Einwand Biermanns, daß der Grundstücksbesitzer verbotene Eigenmacht verüben würde, wenn er dem Abholer das Betreten des Grundstücks verbieten würde, ist meines Dafürhaltens nicht haltbar. Der Grundstücksbesitzer darf vielmehr dem Vorgehen des Abholers mit Gewalt begegnen (§ 869 BGB.), während andererseits dem Abholer kein Recht gegen den Grundstücksbesitzer zur Ver-

---

[1]) a. a. O. § 867 BGB., Bem. 1b.

[2]) So auch Staudinger III, Bem. 2a zu § 867; Neumann I, Bem. 1 zu § 867; Fischer-Henle, Bem. 3 zu § 867; Becker, S. 20, Anm. 5.

fügung steht. Sein Betretungsrecht wäre schutzlos und undurchführbar. Auch diese Ansicht kann also nicht richtig sein.

Beide eben gekennzeichneten Auffassungen geben also eine falsche Erklärung des § 867 BGB., so daß die Ansicht noch zu prüfen bleibt, die den Abholungsanspruch in beiden Fällen zubilligt, sowohl also, wenn Besitzverlust eingetreten ist, als auch, wenn die Verhinderung der Ausübung der tatsächlichen Gewalt ihrer Natur nach nur eine vorübergehende gewesen ist.

Für diese Auffassung, die in der Literatur als die herrschende[1]) bezeichnet werden kann, spricht entscheidend der Wortlaut des Gesetzes, und zwar sowohl der des § 1005 BGB., als auch der des § 867 BGB., was zutreffend aus dem Umstand gefolgert werden muß, daß der Gesetzgeber bei der Fassung des § 867 BGB. nicht die technischen Ausdrücke des § 856 BGB. „Beendigung des Besitzes", „Verlust der tatsächlichen Gewalt" gebraucht hat. Es ist also unter den Worten: „Aus der Gewalt des Besitzers auf ein in dem Besitz eines anderen befindliches Grundstück gelangt", nichts anderes zu verstehen, als was im § 867, E I mit den Worten „auf dessen Gebiete eine fremde bewegliche Sache sich befindet" ausgedrückt ist, welche Fassung der § 1005 BGB. behalten hat. „Aus der Gewalt" ist also eine Sache dann, wenn sie der Verlustige nicht wiedererlangen kann, ohne ein Grundstück betreten zu müssen, das er nicht besitzt[2]). Daraus ist zu schließen, daß es gleichgültig ist, ob der Besitz an der Sache verloren gewesen ist oder nicht.

Für die Beurteilung der Frage, wie die Sache aus der Gewalt des Besitzers gekommen sein muß, um die Abholungsansprüche der §§ 867 und 1005 BGB. geltend machen zu können, geben die Motive eine bedeutsame Auslegungsregel[3]). Danach ist es gleichgültig, ob die Sache durch Zufall (Wind, Überschwemmung, Fortlaufen oder -fliegen eines Tieres usw.) oder durch einen Dritten (ein Dieb verbirgt gestohlene Sachen

---

[1]) So Planck, Bem. 2a zu § 867; Staudinger, Bem. 1a zu § 867; Neumann, Bem. 1 zu § 867; Turnau-Förster, Bem. 4 zu § 867; Fischer-Henle, Bem. 1 zu § 867; Achilles, Bem. 1 zu § 867; Wolff, § 19, Ziff. 7, Abs. 1; Maenner, § 18, Anm. 1; Crome III, § 386, Ziff. 2a; Dernburg III, Ziff. 3, S. 98; Endemann II, § 35, Ziff. 2a, S. 188; RGR.-Komm. I, Bem. 1 zu § 867; Cosack § 192, Ziff. 3, 1, S. 92.

[2]) Ähnlich Turnau-Förster zu § 867, Anm. 4.

[3]) Mot. Bd. III, S. 297, 1.

in einer fremden Wohnung) oder durch Zutun des Verlierers (unvorsichtiges oder mutwilliges Hinüberwerfen, Zusendung unbestellter Waren) auf das Grundstück des andern gelangt ist. Aus diesem Grunde dürfte der Ansicht des Reichsgerichtsrätekommentars[1]), welche die Anwendbarkeit des § 867 BGB. dann ausschließt, wenn das Ergebnis des Gelangens der Sache auf das fremde Grundstück durch den Sachbesitzer selbst willkürlich herbeigeführt ist, nicht zu folgen sein, zumal die Motive[2]) klar zum Ausdruck bringen, daß sie eine culpa in propriis nicht mit der Abschneidung der Rechtsverfolgung bestrafen wollen. Pescatore[3]) mißt diesen Meinungsverschiedenheiten eine geringe praktische Bedeutung deswegen bei, weil „der Sachbesitzer in den meisten Fällen, in denen er die Sache auf das fremde Grundstück gelangen lasse, den Besitz an ihr aufgeben wolle. Er verliere damit natürlich auch den Anspruch aus den §§ 867 und 1005 BGB.". Durch den Ausdruck „in den meisten Fällen" läßt aber auch er eine Lücke für Ausnahmen offen, also für Fälle einer zweckmäßig gebotenen und zeitweilig freiwilligen Besitzaufgabe, bei denen ein Anspruch aus §§ 867 und 1005 BGB. gewährt werden muß, so z. B., wenn jemand von Straßenräubern angefallen, seine Brieftasche, um sie sich zu erhalten, über die Mauer eines benachbarten Grundstückes wirft, wo sie die Räuber nicht erreichen können. Jedenfalls ist irgendein Grund, in diesem Falle den Anspruch aus §§ 867 und 1005 BGB. zugunsten des Verlierers für nicht bestehend anzusehen, nicht ersichtlich. Der Abholungsanspruch wird also nur dort nicht zuzubilligen sein[4]), wo aus der Handlungsweise des Sachbesitzers und im Falle des § 1005 BGB. zugleich des Eigentümers der Wille ersichtlich ist, die tatsächliche Gewalt und somit den Besitz bzw. das Eigentum an der Sache freiwillig und endgültig aufzugeben. Abzulehnen ist aus den gleichen Gründen daher auch die Ansicht Endemanns[5]), der den Abholungsanspruch dann für nicht gegeben hält, wenn die Sache von einem Dieb absichtlich auf dem Grundstück versteckt worden ist.

---

[1]) a. a. O. Bem. 1 zu § 867.
[2]) a. a. O. B. III, S. 298.
[3]) a. a. O. S. 28.
[4]) So auch Planck, Bem. 2a zu § 867 und Crome, § 380, S. 238.
[5]) a. a. O. II, 1 § 35, Anm. 19, S. 188.

Zu c). Zu prüfen bliebe somit nur noch, ob, wie der Wortlaut des Gesetzes sagt, der Anspruch aus den §§ 867 und 1005 BGB. nur dann geltend gemacht werden kann, wenn die Sache auf ein Grundstück gelangt ist. Wenn auch der Wortlaut der §§ 867 und 1005 BGB. für diese strenge Auslegung zu sprechen scheint, so wird man gleichwohl vorliegendenfalls nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks haften dürfen und das Anwendungsgebiet dieser Paragraphen analog auf die Fälle anwenden können, in denen die Sache auf bewegliche Sachen (wie Schiffe oder Fahrzeuge) geraten ist, eine Regelung, die auch zweifellos im Sinne des Gesetzgebers gelegen haben dürfte. Andernfalls würde sich für die Regelung dieser Fälle in der Praxis eine unvermeidliche Lücke im Gesetz ergeben, die den Gesetzgeber angesichts der mannigfachen Bedürfnisse des Verkehrslebens nach dieser Richtung hin zu einer ausdrücklichen Regelung veranlaßt haben würden. Die Literatur stimmt denn auch allgemein ohne Bedenken der Ansicht zu, wonach der Abholungsanspruch auch gegen den Besitzer einer „beweglichen" Sache geltend gemacht werden kann.[1])

Zusammenfassend wäre hiernach zu sagen, daß der Abholungsanspruch sowohl des § 867 wie des § 1005 BGB. überall dort gegeben ist, wo sich eine Sache verschuldet oder unverschuldet auf einem Gegenstande befindet, den ein anderer als der Sachbesitzer bzw. Sacheigentümer in Besitz hat, wobei es unerheblich ist, ob und wie bzw. von wem der Besitz verloren gegangen ist. Wer das Vorhandensein dieser den Anspruch begründenden Tatsache im Prozeßfalle zu beweisen hat, soll an anderer Stelle erörtert werden.

Nachdem somit die objektiven Tatbestandsmerkmale des Abholungsanspruchs der §§ 867 und 1005 BGB. klargestellt sind, kann nun weiter die Frage näher erörtert werden, welche Personen nach dem Gesetze als dazu berechtigt angesehen werden können, den Abholungsanspruch geltend zu machen, insbesondere ob der Personenkreis der Berechtigten in dem einen oder anderen Falle voneinander verschieden ist.

---

[1]) Biermann, Bem. 1a zu § 867; Staudinger, Bem. 5 zu § 867; Neumann, Bem. 6 zu § 856; Endemann II, 1, § 35. Anm. 19; RGR.-Komm., Bem. 1 zu § 867.

II. Aktivlegitimation.

Was den Abholungsanspruch des „§ 867" anlangt, so billigt diesem das Gesetz dem früheren Sachbesitzer schlechthin zu. Der Anspruch aus § 867 BGB. ist also „possessorischer" Natur. Und zwar steht er grundsätzlich nur dem unmittelbaren Besitzer zu, wie aus § 869 BGB. hervorgeht, und zwar wohl deswegen, weil der unmittelbare Besitzer in erster Linie zur Geltendmachung des Anspruchs berufen ist, da er das meiste wirtschaftliche Interesse daran hat, möglichst schnell die Sache wieder in seine Gewalt zu bekommen. Der mittelbare Besitzer soll daher nur subsidiär und zwar dann in die Lage gesetzt werden, das Recht aus § 867 BGB. geltend machen zu können, wenn der unmittelbare Besitzer den Besitz an der auf den fremden Gegenstand gelangten Sache nicht mehr ausüben will oder kann (§ 869, 2 BGB.). Das gleiche wird für den mehrstufigen mittelbaren Besitzer[1]) des § 871 BGB. gelten müssen, da ein innerer Grund für eine hiervon abweichende Regelung nicht besteht. Also auch dieser wird den Abholungsanspruch erst dann geltend machen dürfen, wenn auch die mittelbaren Besitzer näheren Grades den Besitz nicht wieder übernehmen wollen oder können. Auch jedem Mit- und Teilbesitzer wird man endlich das Recht zugestehen müssen, den Abholungsanspruch allein klageweise geltend zu machen, da die §§ 865, 866 nach außen hin dem Mit- und Teilbesitzer in keiner Weise die Befugnis zur Geltendmachung der possessorischen Schutzmittel nehmen und beschränken.[2])

Streit herrscht nur darüber, ob auch dem Besitzdiener der Abholungsanspruch des § 867 BGB. gegeben ist, d. h. ob der gemäß § 855 BGB. für einen anderen die tatsächliche Herrschaftsgewalt über eine Sache Ausübende bei der Verfolgung einer auf ein fremdes Grundstück gelangten Sache deren Abholung aus „eigenem" Rechte vom Grundstücksbesitzer verlangen kann oder nicht.

Angesichts des unzweideutigen Wortlautes des Gesetzes wird man diese Frage in Übereinstimmung mit der herrschenden Auffassung verneinen müssen, da § 867 BGB. nur von dem „Sachbesitzer" als dem Abholungsberechtigten spricht und der

[1]) So auch Rosenberg zu § 869, Anm. II, 2a.

[2]) Vgl. Biermann zu § 867, Bem. 2, Schmidt, S. 47.

Besitzdiener rechtlich niemals dem Besitzer gleichgestellt werden kann, da ersterer nicht imstande und willens ist, die tatsächliche Gewalt selbst auszuüben.

Biermann, Rosenberg, Endemann u. a. erkennen denn auch an, daß dem Besitzdiener ein Recht, den Abholungsanspruch des Herrn im eigenen Namen im Wege der Klage zu verfolgen, nicht zustehe, billigen aber gleichwohl ihm einen Abholungsanspruch bei sofortiger Verfolgung zu. Ganz abgesehen jedoch davon, daß für diese Abgrenzung das Gesetz nicht den mindesten Anhaltspunkt gibt, erscheint die Zubilligung eines derartigen beschränkten Verfolgungsrechtes gar nicht erforderlich, da der Besitzer seine auf ein fremdes Grundstück gelangte Sache auch durch einen Beauftragten — also auch durch den Besitzdiener — abholen lassen kann.[1])

Geht aber der Besitzdiener ohne eine solche Ermächtigung des Verlierers den Grundbesitzer um Gestattung der Aufsuchung und Wegschaffung der Sache an, so wird eben der Besitzdiener als unbeauftragter Geschäftsführer des Verlierers oder aber auf Grund der §§ 229, 904 BGB. tätig. In Ermangelung irgendeines praktischen Bedürfnisses entfällt also jede Berechtigung dafür, dem Besitzdiener den Abholungsanspruch des § 867 BGB. in vollem oder auch nur in beschränktem Umfange kraft eigenen Rechtes zuzubilligen.[2])

Nachdem somit der Kreis der Anspruchsberechtigten aus § 867 BGB. gekennzeichnet wäre, bliebe nur noch zu prüfen, wem das Gesetz den Abholungsanspruch des „§ 1005 BGB." zugebilligt hat. Nach dieser Richtung hin besagt der Wortlaut der Gesetzesvorschrift des § 1005 BGB., daß der Anspruch auf Gestattung der Aufsuchung und Wegschaffung einer auf ein fremdes Grundstück gelangten Sache auch dem Eigentümer derselben zustehe. Im Gegensatz zu dem possessorischen Anspruch des § 867 BGB. handelt es sich also hier, wie auch die Stellung des § 1005 BGB. im System des Gesetzes erkennen läßt, um einen Anspruch aus dem Eigentum, mithin einen „petitorischen" Anspruch, so daß es einerseits für die Frage der Berechtigung desselben im Gegensatz zu § 867 BGB. völlig unerheblich ist, ob ein anderer den Besitz an der Sache nicht wieder über-

[1]) Turnau-Förster I, Bem. 3 zu § 867 BGB.

[2]) So auch Pescatore, S. 59, abweichend Kuhlenbeck zu § 867, Anm. 1.

nehmen will oder kann, und ob der Eigentümer die Sache im Besitz gehabt hat oder nicht.[1]) Es kann demnach hier der Besitzer des Grundstücks gegenüber dem Anspruch des Abholers auf Gestattung nicht geltend machen, daß der Abholer niemals Besitzer der abzuholenden Sache gewesen sei. Andererseits aber ist, so oft sich der unmittelbare bzw. mittelbare Besitzer der abhandengekommenen Sache zur Begründung seines Abholungsanspruchs auf § 1005 BGB. stützt, erforderlich, daß er auch die Rechtmäßigkeit seines Besitzes, also sein Eigentum dartut, da dieses die klagebegründende Voraussetzung des § 1005 BGB. bildet.

Dem Eigentümer nach dieser Richtung hin gleich stehen gemäß §§ 1065 und 1227 BGB. der Nießbraucher und der Pfandgläubiger, womit die Zahl der nach § 1005 BGB. Abholungsberechtigten erschöpft wäre.

Eine Stellungnahme erheischt nur noch die oft erörterte Frage[2]), ob der Grundstücksbebesitzer verpflichtet ist, die Legitimation des Abholenden zu prüfen. Maenner[3]) verneint schlechthin, daß diese Pflicht dem Grundstücksbesitzer zusteht. M. E. übersieht er aber dabei, daß es sich bei dem Abholungsanspruch für den Grundstücksbesitzer um Erfüllung eines gesetzlichen Schuldverhältnisses handelt und er daher, soweit die Erteilung der Gestattung in Betracht kommt, nach § 276 BGB. Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat. Der Grundstücksbesitzer darf also nur demjenigen die Abholung gestatten, den er für den Abholungsberechtigten hält, ohne fahrlässig dabei zu handeln. Gestattet er also einem Nichtberechtigten die Abholung der Sache, ohne daß ihm hierbei ein Verstoß gegen § 276 BGB. zur Last fällt, so wird er damit von seiner Verpflichtung, die Abholung der Sache zu gestatten, auch dem wirklich Berechtigten gegenüber frei[4]).

III. Passivlegitimation.

Während, wie eben dargetan, der sogenannte Abholungsanspruch im § 867 BGB. dem „Besitzer" im § 1005 BGB. dem „Eigentümer" der auf das Grundstück gelangten Sache gewährt

[1]) So Schmidt S. 53.
[2]) Vgl. Pescatore S. 60, Anm. 18.
[3]) a. a. O. § 18, S. 151.
[4]) So auch Wolff, § 18, Anm. 20.

wird, das Gesetz also von einander verschiedene Aktivberechtigte scheidet, wird in beiden Fällen einheitlich der „Besitzer" des Grundstücks, auf welches die Sache geraten ist, als der „Verpflichtete" bezeichnet. Daß der Anspruch sich sonach in erster Linie gegen den unmittelbaren Besitzer des Grundstücks richtet, steht außer allem Zweifel. Indes hat der Umstand, daß das Gesetz nur vom „Besitzer" spricht, zu der Streitfrage geführt, ob der Anspruch sich nicht auch gegen den mittelbaren Besitzer richten könne. Hierzu ist zu sagen, daß gegen die Bejahung dieser Frage von rein sprachlichem Gesichtspunkte aus begründete Bedenken nicht obwalten können, da das Wort „Besitz" nach der Terminologie des BGB. stets auch den mittelbaren Besitz mit umfaßt. Ganz abgesehen davon erfordert aber auch der Grundgedanke des Gesetzes, daß die darin vorgesehene Duldungspflicht von jedem befolgt wird, der gegen sie berechtigten Widerspruch erheben könnte. Daß zu diesen Personen auch der mittelbare Besitzer eines Grundstücks zählt, dürfte nicht zweifelhaft sein, da auch dieser u. U. ein nicht unerhebliches Interesse haben kann, die Abholung der Sache nicht zu gestatten. Hätte also der Gesetzgeber unter „Besitzer" im Sinne der §§ 867 und 1005 BGB. im Gegensatz zum sonstigen Sprachgebrauch nur den unmittelbaren Besitzer verstanden wissen wollen, so hätte nichts näher gelegen, als dies ausdrücklich im Gesetz hervorzuheben. Aus der Tatsache, daß dies nicht geschehen ist, wird man wohl richtigerweise die eingangs erwähnte Streitfrage im bejahenden Sinne zu beantworten haben, zumal sonstige zwingende Gründe einer solchen Annahme nicht im Wege stehen. Vor allem spricht gegen eine solche Auffassung nicht die Entstehungsgeschichte des § 867 BGB. Denn wenn in den Motiven[1]) die Duldungspflicht auch nur dem Eigentümer des betreffenden Grundstücks auferlegt ist, so steht dem Schlusse per argumentum a potiori nichts im Wege, daß hiermit j e d e r Inhaber des Grundstückes bezeichnet werden solle. Auch die Protokolle[2]) schließen die Geltendmachung des Abholungsanspruches gegenüber dem mittelbaren Grundstücksbesitzer nicht positiv aus; sie bezeichnen es lediglich als das Reguläre, daß der Verlierer in den meisten Fällen gar kein Interesse daran haben werde, die Gestattung der

[1]) Vgl. Mugdan, S. 165.
[2]) Prot. Bd. III, S. 165.

Abholung von dem mittelbaren Besitzer des Grundstücks einzuholen. Da jedoch in der Praxis durchaus Fälle vorkommen können, in denen dem Verlierer gerade an der Erlaubnis des mittelbaren Besitzers des Grundstückes gelegen ist, z. B. weil ihm der unmittelbare Besitzer nicht bekannt ist, bzw. dieser schwer zu erreichen ist, so ist kein Grund erfindlich, aus dem heraus dem Verlierer die Geltendmachung der Ansprüche aus § 867 und § 1005 BGB. gegen den mittelbaren Grundstücksbesitzer zu recht versagt werden könnte[1]).

Außer allem Zweifel dagegen steht wohl, daß der Anspruch aus §§ 867 und 1005 BGB. sich nie gegen den Besitzdiener richten kann, da dieser nicht Besitzer ist[2]). Erteilt er gleichwohl die Erlaubnis zur Aufsuchung und Wegschaffung, so handelt er hier nur als Geschäftsführer ohne Auftrag[3]).

Wenn das Grundstück endlich, auf das eine bewegliche Sache gelangt ist, mehrere Mitbesitzer hat, so müssen alle die Gestattung der Aufsuchung und Wegschaffung erteilen. Es genügt aber auch, daß nur einer der Mitbesitzer sie erteilt, sofern die anderen hiergegen keinen Widerspruch erheben.

Passiv legitimiert ist mithin der unmittelbare wie der mittelbare Grundstücksbesitzer. Es ist also durchaus der Fall denkbar, daß der mittelbare Besitzer der auf das Grundstück gelangten Sache deren Aufsuchung sowohl aus § 867 wie aus § 1005 BGB. vom mittelbaren Besitzer des Grundstückes verlangen kann.

Steht indes nur fest, daß die verlorene Sache auf eines von mehreren Grundstücken gelangt ist, aber nicht auf welches, so ist an sich der Anspruch aus §§ 867 bzw. 1005 BGB. nur gegen den Besitzer desjenigen Grundstückes gegeben, auf dem sich die Sache wirklich befindet. Auch dieser Umstand bildet also ein weiteres Erfordernis für die Passivlegitimation des in Anspruch genommenen Grundstücksbesitzers[4]); ob ein unumgängliches, soll in anderem Zusammenhange erörtert werden.

---

[1]) So Staudinger zu § 867, Anm. 1 b; Fischer-Henle zu § 867, Anm. 3; Schröder, S. 47.

[2]) Biermann zu § 867, Anm. 2 a; Turnau-Förster I zu § 867, Anm. 2.

[3]) Vgl. Crome, S. 240, Anm. 20.

[4]) So auch Wolff, S. 50; Schellert, S. 57.

IV. Beweislast.

Was endlich die Frage der Beweislast in einem etwaigen Prozesse anlangt, so begegnet diese bei den klargelegten Tatbestandsmerkmalen der §§ 867 und 1005 BGB. keinen Schwierigkeiten mehr.

Es muß eben derjenige, der die Aufsuchung und Wegschaffung der auf das Grundstück des anderen gelangten Sache verlangt:

sowohl im Falle des § 867 wie im Falle des § 1005 BGB. beweisen, daß die Sache auf das Grundstück des Beklagten tatsächlich gelangt ist; darüber hinaus muß der Kläger weiter nachweisen,

bei der Klage aus § 867 BGB.: seinen jetzigen bzw. früheren Besitz, und bei der Klage aus § 1005 BGB: sein Eigentum an der in Frage kommenden Sache.

Sofern endlich im Falle des § 867 BGB. der mittelbare Besitzer den Abholungsanspruch geltend macht, wird dieser neben dem Nachweis der eben aufgeführten objektiven Tatbestandsmerkmale bei klageweisem Vorgehen darlegen und notfalls beweisen müssen, daß der unmittelbare Besitzer den Abholungsanspruch nicht geltend machen kann oder will. Nur wenn ihm dieser Beweis gelingt, wird er Aussicht auf Erfolg mit seiner Klage haben[1]). Jedoch ist dieses Klagerecht des mittelbaren Besitzers nicht schon dann als ausgeschlossen zu betrachten, nachdem bereits der unmittelbare Besitzer den Abholungsanspruch gerichtlich geltend gemacht hat, da der mittelbare Besitzer nicht nur ein subsidiäres,[2]) sondern ein selbständiges Klagerecht besitzt,[3]) so daß ihm bei erhobener Klage seitens des unmittelbaren Besitzers weder die Einrede der Rechtshängigkeit noch die der Rechtskraft mit Erfolg entgegengehalten werden kann.

---

§ 5. Ziel der Ansprüche aus §§ 867 und 1005 BGB.

Sowohl der Inhalt des Anspruchs aus § 867 BGB., wie der des § 1005 BGB., der insoweit auf die vorzitierten Gesetzesbestimmungen inhaltlich verweist, ist auf die Gestattung der

---

[1]) Vgl. Klein, S. 21.

[2]) So Wendt, Arch.-Ziv.-Praxis 87, 53.

[3]) So auch Turnau-Förster, Anm. 3 zu § 867 BGB.

Aufsuchung und Wegschaffung einer Sache aus dem Gebiete einer fremden Rechtssphäre gerichtet. Die juristische Auslegung der Begriffe „Aufsuchen und Wegschaffen" bietet keine Schwierigkeit. Ihre Bedeutung wird allgemein dahin umschrieben, daß der Grundstücksbesitzer alle Handlungen zu gestatten habe, die geeignet und erforderlich sind, um den Abholer wieder in den unbeschränkten Besitz der Sache zu bringen. Dazu dürfte also gehören, daß nötigenfalls der Abholer auch seine Sache ausgraben darf, oder daß er sie von einem Baum, wenn sie sich auf einem solchen befindet, herunterholen kann.

Nicht ohne weiteres dürften die Rechte des Abholungsberechtigten die Befugnis mit umfassen, vom Grundstücksbesitzer zu verlangen, daß dieser ihm gestatte, auf dem Grundstück nachzusuchen, „ob" sich die Sache darauf befindet, da, wie oben dargelegt, die §§ 867 und 1005 BGB. voraussetzen, daß sich die bewegliche Sache in dem Gebiete des Grundstücks befindet, dessen Besitzer verklagt worden ist.[3]) Die Geltendmachung jenes sogenannten Vorlegungsanspruches kann an sich nur unter den Voraussetzungen des § 809 BGB. verlangt werden, d. h. im Gegensatz zu §§ 867 und 1005 BGB. auf Verlangen des Grundstücksbesitzers stets nur nach vorheriger Leistung von Kostenvorschuß und Sicherheit. Da diese Bestimmung aber fordert, daß derjenige, gegen den sich der Anspruch richtet, auch „Besitzer" der Sache ist, wodurch andererseits jede Möglichkeit einer gleichzeitigen Geltendmachung des Abholungsanspruches entfällt, so dürfte eine sinngemäße Ausdehnung des Inhalts der Ansprüche aus §§ 867 und 1005 BGB. dahin geboten sein, daß diese auch das Verlangen des Sachbesitzers begründen, auf dem Grundstück nach dem Verbleib einer Sache zu forschen. Diese Berechtigung, die lediglich dem Zwecke einer Vorbereitung des Herausgabeanspruchs dient, dürfte per argumentum a potiori in dem gesetzlich erwähnten Aufsuchungs- und Wegschaffungsrecht mit enthalten sein, das somit u. U. eine wertvolle Ergänzung der Bestimmungen über die Editionspflicht (§§ 809 ff. BGB.) bilden kann.

Darüber, was unter dem Begriff „gestatten" zu verstehen ist, gehen die Meinungen in der Literatur erheblich auseinander. Der Streit dreht sich hier um den Umfang des dem Abholer zustehenden Anspruchs, der im Gesetz mit dem Wort „gestatten" festgelegt ist.

[3]) So auch Biermann zu § 1005 BGB.

Nach dieser Richtung hin bekämpfen sich hauptsächlich zwei Ansichten. Die eine faßt „Gestatten" im Sinne von „Dulden" auf und läßt den Abholer das Grundstück zu recht betreten, auch ohne daß dieser von dem Grundstücksbesitzer vorher Erlaubnis hierzu eingeholt hat, billigt ihm also ein unbeschränktes Verfolgungsrecht zu, während die andere den Standpunkt vertritt, der Abholer dürfe nur mit Erlaubnis des Grundstücksbesitzers das Grundstück betreten.

Die erste Ansicht, daß dem Abholer schlechthin ein Verfolgungsrecht analog dem im § 962 BGB. dem Bienenhalter gewährten, der seinen Bienenschwarm vom Nachbargrundstücke holt, zustehe, wird von Eck und Kniep[1]) hauptsächlich vertreten. Letzterer begründet seine Ansicht damit, daß Windscheid in seinen Pandekten den Ausdruck „Gestatten" im Sinne von „Nicht hindern" brauche und faßt demgemäß auch das „Gestatten" der §§ 867 und 1005 BGB. ebenso auf. Ganz abgesehen davon, daß jene Ausdrucksweise Windscheids sich nicht ohne weiteres zur Erforschung des wahren Willens des Schöpfers des BGB. heranziehen läßt, widerlegt der Wortlaut des Gesetzes selbst schlagend die Richtigkeit dieser Auffassung, indem es im § 1005 BGB. die dem Abholer nach § 867 BGB. gewährte Befugnis als „Anspruch" bezeichnet[2]). Der Abholer hat hiernach also nur einen Anspruch im Sinne des § 194 BGB. darauf, daß ihm der Grundstücksbesitzer die Abholung gestattet. Weigert dieser die Gestattung, so kann der Abholer seinen Anspruch nur gerichtlich, also im Wege der Klage geltend machen.

Auch der Eck-Leonhardtsche Hinweis[3]) auf die entsprechenden Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts (§§ 122, 172, 178, 293—296 I, 9 ALR.), wonach ein Besitzer seine Sache, die auf ein fremdes Grundstück gekommen sei, dahin verfolgen dürfe und sie abholen könne, gibt für die Ermittlung des Wesens des in den §§ 867 und 1005 BGB. gewährten Abholungsanspruchs keinen greifbaren Anhalt, da, wie eingangs dargelegt, erst das BGB. einen Abholungsanspruch von ganz allgemeiner Natur geschaffen hat. Daß für Verwirklichung desselben dem Abholer ebenso wie im ALR. stets ein unbe-

[1]) a. a. O. II, S. 477.
[2]) So auch Planck III, Bem. 2 zu § 867.
[3]) a. a. O. II, § 6, S. 48 ff.

dingtes Betretungsrecht gewährt werden sollte, ist kaum anzunehmen, da sich das BGB. in den §§ 867 und 1005 im bewußten Gegensatz zum ALR. und zu § 962 BGB. der Ausdrücke „der Sache folgen" und „das Grundstück betreten" nicht bedient.

Ferner sind Cromes und Endemanns[1]) Auffassungen, die der Vorschrift des § 867 BGB. die Bedeutung einer Selbsthilfebestimmung beimessen, nicht überzeugend. Zur Begründung seiner Ansicht verweist Endemann auf die Vorschrift des § 858 I BGB., nach welcher der Mangel der Widerrechtlichkeit eines Eingriffs in den Besitz aus dem Vorhandensein einer dazu ermächtigenden gesetzlichen Gestattungspflicht zu folgern sei. Er kommt dabei zu dem Schluß, daß eine Erlaubnis des Grundstücksbesitzers nicht gefordert werden brauche, da letzterer sie nach dem Gesetz nicht versagen dürfte. Hierzu ist jedoch zu sagen, daß einmal die Widerrechtlichkeit im Sinne des § 858 BGB. durch Gestattungs-„pflichten" überhaupt nicht ausgeschlossen werden kann. Sodann verkennt aber diese Ansicht auch offenbar die Bedeutung des Satzes 3 des § 867 BGB., wonach der Grundstücksbesitzer die Gestattung bis zur evtl. Sicherheitsleistung verweigern darf. Diese Bestimmung aber würde ihre Bedeutung vollkommen verlieren, wenn der Grundstücksbesitzer das Betreten seines Grundstücks zu verhindern nie berechtigt wäre, seine vorherige Erlaubnis also nicht eingeholt zu werden brauchte.

Nach alledem läßt sich die Ansicht, die dem Abholer das Recht gibt, ohne Erlaubnis das Grundstück zur Aufsuchung und Wegschaffung zu betreten, mit dem Wortlaut und Sinn des Gesetzes nicht vereinbaren. Aber auch nicht unerhebliche praktische Erwägungen sprechen gegen die Zubilligung eines unbedingten Verfolgungsrechtes an den Sachbesitzer. Denn es darf nicht unberücksichtigt gelassen werden, daß das Aufsuchen und Wegschaffen der Sache ohne den Willen des Grundstücksbesitzers einen widerrechtlichen Eingriff in eine fremde Machtsphäre, eine sog. verbotene Eigenmacht bedeutet. Die Annahme einer Selbsthilfebestimmung im § 867 und § 1005 BGB. würde also den rechtlich geschützten Interessen des Grundstücksbesitzers wenig Gerechtigkeit widerfahren lassen,

[1]) a. a. O. § 35, Anm. 24.

insofern nämlich, als sich der Abholer gerade in Fällen drohenden Schadens vorher nie an den Grundbesitzer wegen der Gestattung wenden würde, mit deren Verweigerung er dann gerade u. U. rechnen müßte. Man wird also auch aus praktischen Rücksichten heraus die Erlaubnis des Grundstücksbesitzers zur Aufsuchung der Sache fordern müssen.

Darüber jedoch, ob der Abholer auf jeden Fall verpflichtet ist, den Grundstücksbesitzer um die Erteilung seiner Erlaubnis zum Betreten des Grundstücks zwecks Aufsuchung und Wegschaffung anzugehen, kann man geteilter Meinung sein. Einer solchen Erlaubnis bedarf er sicherlich bestimmt nicht in den Fällen, in denen das Gesetz eine Störung im Besitze ausdrücklich gestattet, da hier eine widerrechtliche Handlung nie vorliegen kann, selbst wenn sie ohne Wissen des Grundstücksbesitzers geschieht. Hierher gehören die in den §§ 229 und 904 BGB. geregelten Tatbestände, wonach der Grundstücksbesitzer nie berechtigt ist, das Betreten seines Grundstücks zu verbieten, sofern die Gefahr besteht, daß die Verwirklichung eines Anspruchs ohne das sofortige Betreten des Grundstücks vereitelt oder wesentlich erschwert wird, oder das Betreten des Grundstücks zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig ist und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Grundstücksbesitzer entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist. Demnach darf also unter den angeführten Voraussetzungen der Grundstücksbesitzer das Betreten seines Grundstücks zwecks Aufsuchung und Wegschaffung einer auf dasselbe gelangten Sache nie verbieten.

Einer Entscheidung bedarf sonach nur noch die Frage, ob der Abholer einer Sache, die sich auf einem fremden Grundstücke befindet, in all' den Fällen den Grundstücksbesitzer stets um Erlaubnis angehen muß, in denen die Voraussetzungen eines der beiden genannten Selbsthilferechte nicht vorliegen. Diese Frage ist nach richtiger Auffassung wohl im bejahenden Sinne zu beantworten, da das Gesetz die berechtigten Interessen des Abholers am Betreten des Grundstücks und damit an der Wiedererlangung der Sache dadurch gewahrt hat, daß es die Erlaubniserteilung hierzu nicht in das Belieben des Grundstücksbesitzers gestellt, vielmehr diesen hierzu für verpflichtet erklärt hat, indem es bestimmt „er hat zu gestatten". Gewährt also

der Grundstücksbesitzer die Erlaubnis schuldhafterweise nicht, so macht ihn dieser Umstand schadensersatzpflichtig, wodurch der Abholer als hinreichend durch die Rechtsordnung geschützt anzusehen ist. Nur diese Auffassung von dem Wesen des Anspruchs aus §§ 867 und 1005 BGB. wird auch den Interessen des Grundstücksbesitzers gerecht, da ja in zahlreichen Fällen der Grundstücksbesitzer nicht wissen könnte, wer die Sache geholt hat, von wem er also Ersatz des durch die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache entstandenen Schadens verlangen soll, wollte man nicht die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache von einer zuvor erteilten Erlaubnis abhängig machen. Nur so kann ferner auch der Grundstücksbesitzer sein Recht aus § 867 III BGB. durchsetzen und geltend machen, nämlich wenn er Kenntnis davon hat, daß jemand eine Sache von seinem Grundstück holen will. Andernfalls würde die Bestimmung des § 867, 3 BGB., wie bereits dargelegt, zweck- und inhaltslos sein.

Diesem Ergebnis ist allerdings wiederholt in der Literatur der Vorwurf gemacht worden, daß es formalistisch und unbillig sei[1]), wobei auf die Fälle hingewiesen wird, wo die Einholung der Sache mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten verbunden oder die stillschweigende Genehmigung des Grundstücksbesitzers anzunehmen sei. Als Rahmen dafür, wieweit der Abholer gehen dürfe, ohne die Erlaubnis des Grundstücksbesitzers das Grundstück zu betreten, wird auf § 242 BGB. verwiesen, wonach also Treu und Glauben sowie die Verkehrssitte entscheidend sein sollen[2]). Diese Auffassung dürfte jedoch im ausdrücklichen Widerspruch zu dem Grundgedanken des Bürgerlichen Gesetzbuches stehen, das eine eigenmächtige Anspruchsbefriedigung eben nur dort kennt, wo sie das Gesetz ausdrücklich für zulässig erklärt hat. Es geht daher nicht an, den Kreis dieser Selbsthilferechte unter Inanspruchnahme des sog. Kautschukparagraphen 242 BGB. in einer Weise zu erweitern, wonach je nach dem Tatbestande des konkreten Falles die Frage entschieden werden soll, ob die Gestattung des Grundstücksbesitzers einzuholen ist oder nicht. Die Auslegung der §§ 867 und 1005 BGB kann eben rein begrifflich nur in dem

---

[1]) So Dernburg III, 98; Schellert S. 46.

[2]) So Pescatore S. 47.

Sinne erfolgen, daß es ein Selbsthilferecht gewährt oder nicht. Eine dritte Auslegung bedeutet rein logisch ein Unding.

Zusammenfassend ist demnach nach dem Vorgesagten festzustellen, daß richtigerweise die §§ 867 und 1005 BGB. nicht etwa ein unbeschränktes Verfolgungsrecht im Sinne einer allgemeinen Eigentumsbeschränkung gewähren, so daß nunmehr jedermann ohne weiteres befugt wäre, ein fremdes Grundstück zur Aufsuchung des Verlorenen zu betreten. Vielmehr ist der Besitzer der Sache gemäß den vorbezeichneten Bestimmungen gehalten, den Besitzer des Grundstücks um die Erlaubnis der Aufsuchung anzugehen. Wird diese verweigert, dann hat der Abholungsberechtigte regelmäßig kein Selbsthilferecht, vielmehr hat der Abholer gemäß § 867 BGB. nur ein nötigenfalls im Wege der Klage geltend zu machendes Recht, von dem Grundstücksbesitzer die Gestattung zu verlangen, sein Grundstück zwecks Aufsuchung und Wegschaffung einer darauf gelangten Sache zu betreten. Es bedeutet also das Betreten des Grundstücks o h n e eine solche Erlaubnis seines Besitzers stets eine Besitzstörung im Sinne der §§ 858, 862 BGB., gegen welche diesem das Eigenmachtsrecht des § 859 I BGB. zusteht.

Daß der Abholende die Erlaubnis des Grundstücksbesitzers v o r der Aufsuchung und Wegschaffung der Sache einzuholen hat, entspricht der herrschenden Auffassung[1]).

Wenn demgegenüber von den Gegnern angeführt wird, es führe zu unbilligen Konsequenzen, wenn stets erst zuvor die Einwilligung des Grundstücksbesitzers eingeholt werden müsse, so ist dem entgegenzuhalten, daß diese unbilligen Konsequenzen sich ohne weiteres durch Zuhilfenahme der Selbsthilferechte aus den §§ 229, 904 BGB. vermeiden lassen, deren Voraussetzungen in den weitaus meisten Fällen vorliegen werden. Andernfalls wird eine s c h n e l l e Verwirklichung des dem Abholer zustehenden Anspruchs, von dem Grundstücksbesitzer die Gestattung der Aufsuchung und Wegschaffung der Sache zu verlangen, ohne weiteres durch die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 935 ff. ZPO. gewährleistet, die durch die Erwirkung einer einstweiligen Verfügung dem Verlierer meist zu dem gleichen Erfolg verhelfen können, wie ein — nach

[1]) Planck III, Bem. 6 zu § 867; Wolff, § 19. Ziff. 7, Abs. 1; Fischer-Henle, Bem. 3 zu § 867.

meiner Auffassung rechtswidriges — eigenmächtiges Vorgehen. Die Vollstreckung einer solchen einstweiligen Verfügung sowie eines obsiegenden Urteils hat gemäß §§ 890, 892, 893 ZPO. zu erfolgen[1]).

In diesem Zusammenhange bedarf es endlich noch einer Stellungnahme zu der nicht unbestrittenen Frage, worin das Anspruchsziel dann besteht, wenn der nach § 869, Satz 3 gleichfalls aktiv legitimierte mittelbare Besitzer den Abholungsanspruch gerichtlich geltend macht. In dieser Frage vertritt Staudinger[2]) die Ansicht, daß analog der Besitzentziehung im Falle des § 867 BGB. der Anspruch des mittelbaren Besitzers nur auf Gestattung der Aufsuchung und Wegschaffung der Sache durch den unmittelbaren Besitzer gehe und nur, wenn dieser den Besitz nicht ausüben wolle oder könne, er selbst den Anspruch habe[3]). Für diese Auffassung gibt jedoch der Gesetzeswortlaut nicht den mindesten Anhalt, da die Bestimmung des § 869 BGB., die allein für die Bestimmung des Inhalts der Rechte des mittelbaren Besitzers vorliegendenfalls in Frage kommen kann, nichts darüber enthält, was einen Anspruch des mittelbaren Besitzers gegen den Grundstücksbesitzer auf Zulassung des unmittelbaren Besitzers zur Aufsuchung und Wegschaffung begründen könnte. Es dürfte somit der von Biermann[4]) und Wolff[5]) sowie Rosenberg[6]) und Turnau-Förster[7]) vertretenen Auffassung der Vorzug zu geben sein, wonach auch der mittelbare Besitzer verlangen kann, daß ihm die Aufsuchung und Wegschaffung gestattet werde, und zwar dann, falls der unmittelbare Besitzer die Sache nicht aufsuchen und wegschaffen will oder kann.

§ 6. Einwendungen und Einreden des Grundstücksbesitzers.

Nachdem im Vorstehenden der Umfang und das Ziel des Abholungsanspruches der §§ 867 und 1005 BGB. klargelegt

[1]) So Biermann, § 867 BGB., II d.
[2]) a. a. O. III, Bem. 1 d zu § 867 BGB.
[3]) So auch RGR.-Komm., Bem. 5 zu § 869 BGB.
[4]) a. a. O. III, Bem. 5 zu § 869 BGB.
[5]) a. a. O. III § 20.
[6]) a. a. O. zu § 870 BGB., II, 3.
[7]) a. a. O. Anm. 5 zu § 869 BGB.

worden sind, bedarf die Frage noch einer näheren Prüfung, welche rechtliche Natur der Abholungsanspruch in dem einen oder anderen Falle hat, weil sich hiernach die Verteidigungsmöglichkeit des Beklagten verschieden beurteilt.

In dieser Frage stehen sich, was die Auslegung des § 867 BGB. anlangt, zwei Auffassungen einander gegenüber, von denen die eine besagt, daß sich der Abholungsanspruch auf ein Recht zum Besitze stütze, während die andere die Tatsache des Besitzes als Grundlage des Abholungsanspruches bezeichnet. Gegen die petitorische Natur des Abholungsanspruchs spricht ohne weiteres die Stellung des § 867 BGB. im System des BGB., aus der hervorgeht, daß diese Bestimmung der Erhaltung und dem Schutz des Besitzes dienen soll. Der Ansicht von dem Abholungsanspruch als eines possessorischen Rechtsschutzmittels, die auch die herrschende Meinung teilt, wird man sich wohl richtigerweise anzuschließen haben, da hierfür auch, worauf bereits in der Einleitung dieser Abhandlung hingewiesen ist, die Entstehungsgeschichte des BGB. spricht, sodann der Umstand, daß auf der Aktiv- wie der Passivseite der „Besitzer" als legitimiert vom Gesetz bezeichnet wird. Daß andererseits der Abholungsanspruch des § 1005 BGB. ein rein petitorischer Anspruch ist, wird nirgends bestritten.

Welche Folgerungen sich hieraus im einzelnen ergeben, soll im folgenden dargelegt werden, wo die möglichen Verteidigungsarten des aus §§ 867 und 1005 BGB. in Anspruch genommenen Beklagten näher beleuchtet werden.

I. Die Einwendung des § 867, 1 BGB.

Wie aus § 867, Satz 1 BGB. zu entnehmen ist, kann der Grundstücksbesitzer dem Kläger in erster Linie entgegenhalten, daß vor Geltendmachung des Anspruchs aus § 867 BGB. die Sache in Besitz genommen worden sei[1]). Diese Tatsache ist rechtlich als eine Einwendung zu werten, da sie den Anspruch des Klägers ausschließt, so daß für sie nach allgemeinen Beweisregeln den Grundstücksbesitzer die Beweislast trifft.

In der Literatur lebhaft umstritten ist, was der Gesetzgeber mit den Worten „in Besitz genommen worden" gemeint hat. Zwei Meinungen sind es, die nach dieser Richtung hin vertreten sind. Nach der ersten hat das Gesetz mit den Worten

[1]) So auch Planck zu § 867 BGB., Bem. 2b.

„in Besitz nehmen" nichts anderes bezeichnet wissen wollen als das Besitzerwerben einer Person, so daß hiernach „Inbesitznahme" und „Besitzerwerb" identisch miteinander sind[1]). Die zweite Meinung dagegen erfordert zu dieser Inbesitznahme eine besondere auf Besitzerwerb gerichtete Handlung der betreffenden Person, so daß ein anderer Besitzerwerb das Bestehen des Abholungsanspruchs nicht berühre[2]).

Um zu diesen beiden Meinungen Stellung nehmen zu können, ist eine Untersuchung darüber unerläßlich, ob der Grundstücksbesitzer überhaupt ohne weiteres mit dem Gelangen einer Sache auf sein Grundstück den Besitz an ihr erwerben kann. Diese Frage führt zu einer der meist umstrittenen Fragen der Besitzlehre überhaupt, an welche Voraussetzung das Gesetz den Besitzerwerb knüpft.

Auszugehen ist hierbei von dem Wortlaut des § 854 BGB., wonach ausdrücklich zum Besitzerwerb ein Besitzwille nicht verlangt wird, sondern nur die Erlangung tatsächlicher Gewalt, so daß es danach den Anschein hat, als sei die Erlangung des Besitzes o h n e darauf gerichteten Willen möglich. Um zu prüfen, ob diese Auslegung dem Willen des Gesetzgebers entsprochen hat, sei auf die Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift zurückgegriffen. Diese lehrt, daß im ersten Entwurfe der § 797 bestimmte: „Der Besitz einer Sache wird erworben durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache (Inhabung) in Verbindung mit dem Willen des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben (Besitzwille)". Sodann besagte § 800, daß „eine geschäftsunfähige Person nicht durch eigene Handlung Besitz erwerben kann". Da nun eine dem § 800 des ersten Entwurfs entsprechende Vorschrift im BGB. nicht vorhanden ist, der § 854 BGB. nur von tatsächlicher Gewalt spricht, vom Besitzwillen aber schweigt, könnte man an sich geneigt sein, einen Besitzwillen im BGB. als Erfordernis zum Besitzerwerb zu verneinen. Es ist jedoch hierbei zu beachten, daß zwischen dem ersten Entwurfe und dem BGB. sachlich überhaupt keine Verschiedenheit hinsichtlich der eben erwähnten

---

[1]) So Endemann II, 1, § 35, Anm. 27; Planck III, Bem. 2b zu § 867 BGB.; RGR.-Komm. I, Bem. 4 zu § 867 BGB.; Crome III, § 368, Anm. 10; Dernburg III, § 28, Ziffer 4.

[2]) Biermann III, Bem. 1c zu § 867 BGB.; Turnau-Förster, Bem. 5 zu § 867 BGB.; Maenner, § 18, Anm. 5.

Rechtsnorm besteht. Denn die Terminologie des ersten Entwurfes unterschied streng zwischen Besitz und Innehabung und ließ lediglich der Innehabung den possessorischen Schutz angedeihen. Unter dem Besitz aber verstand der erste Entwurf lediglich das, was wir heute unter Eigenbesitz im Sinne des § 872 BGB. verstehen. Ein sachlicher Unterschied zwischen den §§ 797 E I und 854 BGB. besteht sonach überhaupt nicht, so daß sich aus der Tatsache des Fehlens allein einer dem § 800 E I entsprechenden Bestimmung nicht das Mindeste für die Richtigkeit der einen oder der anderen Auffassung herleiten läßt.

Das gleiche gilt aber auch von der Tatsache, daß die zweite Kommission von der Aufstellung des Willenserfordernisses als Voraussetzung des Besitzerwerbes abgesehen hat[1]). Denn die Protokolle besagen insoweit selbst[2]), daß „wenn die Mehrheit der Kommission sich entschieden habe, den Besitzwillen nicht zu erwähnen, dies nicht in der Absicht geschehen sei, den Besitzwillen vollständig zu negieren, sondern nur, weil die Erwähnung des Besitzwillens zu Mißverständnissen führen könnte". Hiernach läßt sich also aus der Entstehungsgeschichte des § 854 BGB. nicht folgern, daß ein Besitzerwerb ohne Besitzwillen möglich ist.

Es ergibt vielmehr gerade im Gegenteil der § 867 BGB. einen durchschlagenden Beweis dafür, daß zum Besitzerwerb ein mit Willensinhalt erfülltes Handeln unumgänglich notwendig ist. Denn unterstellt man, daß „ein äußeres räumliches Verhältnis einer Sache zu einer Person genügen würde, um diese Besitzerin der Sache werden zu lassen", so wäre § 867 BGB. nach seiner Entstehungsgeschichte überhaupt sinn- und zwecklos. Denn ginge man so weit, so wäre die Sache von dem Augenblicke an, in dem sie auf das fremde Grundstück gelangt ist, im Besitze des Grundstücksbesitzers. Es wäre somit für die Geltendmachung des Abholungsanspruchs von vornherein kein Raum, da eine bereits besessene Sache nicht noch „inzwischen in Besitz genommen werden kann", zumal dafür, daß der Gesetzgeber zwei verschiedene Arten des Besitzerwerbes, nämlich mittels einer „Inbesitznahme" und mittels

---

[1]) Prot. S. 3336, Mugdan S. 503.

[2]) a. a. O. S. 3334, Mugdan S. 505.

sonstiger Art hat regeln wollen, die Entstehungsgründe nicht den mindesten Anhalt geben. Aus der Bestimmung des § 867 BGB. kann man sonach folgerichtig nur den Schluß ziehen, daß ein „Besitz“ nach BGB. ohne einen diesbezüglichen Besitzwillen nicht begründet werden kann, daß sonach auch durch das Gelangen einer Sache auf ein fremdes Grundstück für dessen Besitzer in der Regel noch kein Besitzerwerb eintritt.

Hiermit verliert indes noch nicht die eingangs berührte Streitfrage an Bedeutung, ob die Begriffe „Inbesitznehmen“ im § 867 BGB. mit „Besitzerwerben“ schlechthin identisch sind. Denn da der Besitzbegründungswille kein speziell bestimmter zu sein braucht, also auch sehr wohl im voraus gefaßt sein kann, so fragt es sich, ob in diesen Fällen bereits durch die Geltendmachung des Anspruchs aus § 867 BGB. seitens des Verlierers ausgeschlossen ist, daß der Grundstücksbesitzer den Besitz der Sache „erworben“ hat. Da der § 867 BGB. ausdrücklich von einem „in Besitz nehmen“ spricht, so greift man wohl in der Auffassung nicht fehl, daß dieser terminus technicus etwas vom „Besitz erwerben“ Verschiedenes ausdrücken soll, etwa, daß zum „in Besitz nehmen“ das Verhalten einer Person erforderlich ist, aus dem nach außen hin der Wille, den Besitz an sich nehmen zu wollen, erkennbar ist. In diesem Sinne läßt sich sicherlich die Bestimmung des § 958 BGB. verwerten, die zweifellos die Ausdrücke „in Besitz nehmen“ und „Besitz ergreifen“ einander vollkommen gleichstellt. Sonach ist die Ansicht, die „Inbesitznahme“ und „Besitzerwerb“ identifiziert, abzulehnen, also der Anspruch aus § 867 BGB. nur dort als ausgeschlossen zu betrachten, wo der Besitzergreifungswille erkennbar nach außen hin hervorgetreten ist.

Wenn hiermit der Auffassung der Vorzug gegeben ist, wonach der „Besitzerwerb“ einer Sache noch nicht deren „Inbesitznahme“ in sich schließt, so ist damit doch noch nicht ohne weiteres zugegeben, daß das ‚in Besitz nehmen“ auch stets eine körperliche Handlung des Erwerbers voraussetzt. Vielmehr kann nach wohl richtiger Auffassung diese Handlung auch in einer „Willenserklärung“ bestehen, sofern nur aus ihr hinreichend für jeden Dritten erkennbar der Wille zu ersehen ist, daß der Grundstücksbesitzer den Besitz der auf sein Grundstück gelangten Sache an sich nehmen will. Auch für diesen Fall also wird man den Abholungsanspruch des § 867 BGB.

für ausgeschlossen zu betrachten haben, wobei es im übrigen angesichts des Gesetzeswortlauts mit Recht für unerheblich gehalten wird, ob diese Inbesitznahme durch den Grundstücksbesitzer oder irgendeinen Dritten an der auf das Grundstück gelangten Sache und ferner rechtmäßig oder nicht erfolgt ist.

Schließlich bliebe noch die Frage zu erörtern, ob der Anspruch aus § 867 BGB. bereits damit als ausgeschlossen zu betrachten ist, dass die Sache von dem Grundstücksbesitzer oder einem Dritten nur „vorübergehend" in Besitz genommen und darauf der Besitz an ihr wieder aufgegeben wurde. Diese Frage ist wohl im Ergebnis in Übereinstimmung mit der in der Literatur überall anerkannten Ansicht dahin zu beantworten, daß der Abholungsanspruch hierdurch allein nicht ausgeschlossen sein kann. Wenn indes zur Begründung dieser Auffassung vorgetragen wird, nur ein Besitz von gewisser Dauer könne die Anwendbarkeit von § 867 BGB. ausschließen, so ist die Begründung gänzlich unzureichend. Auf die Dauer des Besitzes kann es nicht ankommen. Wohl aber kann man m. E. aus dem Grundgedanken folgern, daß nach Aufhebung des Besitzes die Herausgabe ebenso möglich ist wie vor Erlangung des Sachbesitzes und deshalb die gleiche Rechtsbehandlung eingreifen muß. Dieses Ergebnis entspricht dann auch dem Verkehrsinteresse; denn es würde zu unerträglichen Konsequenzen führen, wollte man die bestimmte Situation, auf welcher der Anspruch beruht, z. B. durch das vorübergehende Spiel eines Kindes, das die Sache für einen Augenblick an sich nimmt und dann wieder fortwirft, verändern lassen[1]).

Gibt also derjenige, der die Sache in Besitz genommen hat, d. h. der Grundstücksbesitzer oder ein anderer, den Besitz nach dem Erwerb wieder auf, so steht dieser Umstand einer erfolgreichen Geltendmachung des Abholungsanspruches gegenüber dem früheren Besitzer in keiner Weise entgegen.

Im übrigen treffen die vorstehenden Ausführungen über die Einwendung aus § 867, Satz 1 auch auf den Anspruch aus § 1005 BGB. zu. Auch dieser Anspruch erlischt also analog dem aus § 867 BGB. dann, wenn die Sache von dem Grundstücksbesitzer oder einem Dritten in Besitz genommen ist,

[1]) So Crome § 386, Ziffer 2a, Anm. 13; Cosack II, § 191. Ziff. 3; Gärtner, S. 196.

wie sich aus der Verweisung des § 1005 BGB. auf § 867 BGB. deutlich ergibt. Jedenfalls ist ein innerer Grund aus der petitorischen Natur des Anspruchs aus § 1005 BGB. nicht gegeben, welcher der Zubilligung der Einwendung aus § 867, Satz 1 BGB. an dem mit der Klage aus § 1005 BGB. belangten Beklagten entgegensteht.

II. Die Einrede des § 867, 3 BGB.

Sodann kann der Grundstücksbesitzer dem Abholungsanspruch gegenüber gemäß § 867, Satz 3 BGB. entgegenhalten, der Verlierer habe vor Abholung der Sache Sicherheit zu leisten, sofern die Besorgnis der Entstehung eines Schadens gerechtfertigt ist. Ein solches Vorbringen des beklagten Grundstücksbesitzers bedeutet rechtlich eine Einrede im Sinne des § 202, Abs. II BGB., und zwar eine aufschiebende, so daß die ihr zugrunde liegende Tatsache vom Grundstücksbesitzer bewiesen werden muß. Die Geltendmachung dieses Leistungsverweigerungsrechtes schließt aber die Durchführung des Anspruchs nicht etwa überhaupt aus, sondern schiebt sie nur bis zur Leistung der verlangten Sicherheit hinaus, sofern nicht der Abholungsberechtigte seinerseits nachweist, daß mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist. Denn gelingt dem Aufsuchenden dieser Beweis, so wird der Grundstücksbesitzer mit seiner Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung kraft ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes nicht gehört.

Erwähnt sei in diesem Zusammenhange noch, daß der Grundstücksbesitzer sich nach der Fassung des § 867 BGB. mit Erfolg dann nicht auf das Leistungsverweigerungsrecht des § 867, Satz 3 BGB. berufen kann, sofern es sich um den Ersatz des Schadens handelt, der durch eine Aufsuchung selbst bereits angerichtet oder dadurch entstanden ist, daß die Sache auf das Grundstück gelangte. Soweit ein solcher Schaden in Frage steht, kann also die Durchführung des Abholungsanspruchs nicht von einer vorgängigen Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden. Daß diese Einrede schließlich auch demgegenüber geltend gemacht werden kann, der seinen Abholungsanspruch auf sein Eigentum an der abzuholenden Sache stützt, also auf § 1005 BGB., dürfte nach der Natur der Sache begründeten Bedenken nicht begegnen.

III. Einwendungen petitorischer Art.

Wohl aber gehen die Ansichten erheblich in dem Punkte auseinander, ob dem Grundbesitzer gegenüber dem Abholungsanspruche Einwendungen petitorischer Art zustehen. Soweit hierbei der Abholungsanspruch aus § 1005 BGB. in Frage steht, der seine Grundlage in dem Eigentum des Abholungsberechtigten hat, kann es nicht zweifelhaft sein, daß der Abholungsberechtigte wie jeder Eigentümer die Einwendung gegen sich gelten lassen muß, die aus dem Eigentum an der auf das Grundstück gelangten Sache fließen[1]). Streit dagegen herrscht, ob diese Frage hinsichtlich des Abholungsanspruchs aus § 867 BGB. anders zu beurteilen ist, der seiner juristischen Natur nach, worauf bereits im Eingang dieses Abschnittes hingewiesen wurde, ein „possessorischer" Anspruch ist. Mit dieser Auffassung von dem Wesen des Abholungsanspruchs aus § 867 BGB. dürfte jedoch wohl noch nichts für die Beantwortung der Streitfrage gewonnen sein, ob im Falle seiner Geltendmachung die Frage nach der Berechtigung zum Besitz ausscheiden muß. Diese Frage läßt sich auch nur an Hand des Gesetzes sowie an Hand dessen beurteilen, welches Ergebnis dem praktischen Bedürfnis am besten Rechnung trägt. Nach dieser Richtung ist festzustellen, daß § 863 BGB. die einredeweise Berufung auf ein Recht zum Besitz nur dann versagt, sofern sich der geltend gemachte Anspruch auf die Tatsache verbotener Eigenmachtsausübung stützt. Ausdrücklich ist demnach nirgends vorgeschrieben, daß der aus § 867 BGB. verklagte Grundstücksbesitzer ein Recht zum Besitz nicht geltend machen kann. Im Gegenteil lehrt die Bestimmung des § 1007 BGB., die ebenfalls als eine Besitzschutzklage anzusprechen ist, daß es mit dem Willen des Gesetzgebers durchaus vereinbar ist, den aus Besitz Klagenden Einreden petitorischer Art entgegenzuhalten. Hiernach ist aus Gründen des Gesetzes kein Hindernis denkbar, welches dem aus § 867 BGB. verklagten Grundstücksbesitzer im Prozesse die einredeweise Geltendmachung irgendwelcher Rechte auf die Sache entgegensteht. Der Umstand, daß der Grundstücksbesitzer in den meisten dieser Fälle durch sein Verhalten zum Ausdruck gebracht haben wird, den Besitz der auf sein Grund-

[1]) So Biermann zu § 1005.

stück gelangten Sache an sich nehmen zu wollen und dadurch an sich ohne weiteres der Anspruch aus § 867 BGB. hinfällig würde, ist nicht zwingend und beweist vor allem nichts für die Richtigkeit der Auffassung, wonach gegenüber dem Anspruch aus § 867 BGB. das Vorbringen petitorischer Einwendungen ausgeschlossen sein soll. Im Gegenteil verlangt das Gebot ausgleichender Gerechtigkeit die Zulässigkeit solcher Einwendungen gegenüber dem Anspruchsberechtigten aus § 867 BGB., da andernfalls ein unbilliges Ergebnis z. B. in dem Falle erzielt werden würde, wo jemand eine Sache zu Unrecht im Besitz gehabt hat und diese durch Zufall in die Hände des wahren Berechtigten zurückgelangt ist. Auch der Schutz des allgemeinen Rechtsfriedens erfordert es nicht, den Eigentümer als verpflichtet anzusehen, auf die Klage aus § 867 BGB. die Abholung der Sache schlechthin zu gestatten, da eine schnelle Wiederherstellung der früheren Besitzverhältnisse rechtspolitisch nur dort geboten erscheint, wo es sich um eine absichtlich widerrechtlich und nicht zufällig herbeigeführte Verschiebung der Besitzverhältnisse handelt. Sonach sind auch gegenüber dem Abholungsanspruch aus § 867 BGB. petitorische Einwendungen für zulässig zu halten[1]).

Es darf also der Grundstücksbesitzer einmal mit Recht dem Abholungsanspruch aus §§ 867 bzw. 1005 BGB. entgegenhalten, daß der Kläger bei dem Erwerbe des Besitzes selbst bösgläubig war, da in diesem Falle der Kläger kein besseres Besitzrecht hat als der Grundstücksbesitzer, und zwar nach dem allgemeinen Rechtsgrundsatz: in pari causa melior est condicio possidentis. Zum andern darf der Beklagte weiter einwenden, daß ihm die Sache vor der Besitzzeit des Abholungsberechtigten abhanden gekommen sei, da in diesem Falle der Grundstücksbesitzer sogar berechtigt gewesen sein würde, die Sache von dem Abholungsberechtigten heraus zu verlangen, als sie sich noch in dessen Besitz befand. Jedenfalls ist kein Grund ersichtlich, dem Grundstücksbesitzer das Vorbringen dieser beiden Einreden zu versagen, die nach § 1007 BGB. jedem Sachbesitzer zustehen, der eine Sache nicht auf Grund verbotener Eigenmacht besitzt.

---

[1]) So Biermann zu § 867 BGB. 2a und Crome, Bd. III, S. 238; a. A. Wolff, Sachenrecht § 19 VII; Staudinger zu § 867 BGB., Anm. 1c; Pescatore S. 52ff; Gierke, S. 254, Anm. 37.

IV. Sonst zulässige Einwendungen.

Es stünde sonach nur noch die Prüfung der Frage offen, ob der Grundstücksbesitzer abgesehen von den voraufgeführten Fällen dem Sachbesitzer die Gestattung der Abholung auch noch aus anderen gesetzlich nicht geregelten Gründen versagen darf. Man denkt hierbei vor allem an die Fälle, in denen dem Fabrikherrn daran liegt, keinen Fremden auf sein Gebiet zu lassen, da in der Fabrik Geheimnisse entdeckt werden könnten, oder in denen das Betreten des betreffenden Grundstückes mit Lebensgefahr verbunden ist. In diesen Fällen wird man wohl in Übereinstimmung mit Bekker[1]) und Kuhlenbeck[2]) die Auffassung teilen dürfen, daß auch hier der Grundstücksbesitzer die Gestattung verweigern dürfe. Diese Auffassung läßt sich aus dem rechtlichen Gesichtspunkt des § 242 BGB. heraus rechtfertigen, der einem Verlangen stets dann jede innere Berechtigung und damit jeglichen rechtlichen Anspruch auf Verwirklichung versagt, wenn die Leistung — die hier in einer Duldungspflicht besteht — dem Verpflichteten nicht zumutbar ist. Der Grundstücksbesitzer wird also die Gestattung aus einem sonstigen Grunde überall dort versagen dürfen, wo sein Interesse an dem Fernbleiben des Verlierers vom Grundstück das Interesse des Verlierers an der Abholung in einer solchen Weise übersteigt, daß die Durchsetzung des Abholungsanspruchs dem Grundstücksbesitzer eine nicht zumutbare Leistung auferlegen würde.

Nicht unbedeutend ist letzten Endes noch die Frage, ob dem Grundstücksbesitzer die Einwendung des Zurückbehaltungsrechtes wegen der auf die Sache getätigten Verwendungen, sowie wegen des Ersatzes des Schadens zusteht, den die auf das Grundstück gelangte Sache angerichtet hat. Diese Frage ist wohl zu bejahen, wenngleich die Bestimmung des § 273, 2 BGB. für diesen Fall nicht ohne weiteres anwendbar ist, da es sich im § 867 BGB. nicht um Herausgabe von Sachen, sondern nur um Gestattung der Aufsuchung und Wegschaffung handelt. Da indes andererseits der Wortlaut dieser Bestimmung einer analogen Ausdehnung auf diesen Fall nicht ausdrücklich im Wege steht, zudem kein vernünftiger Grund erfindlich ist, der diese analoge Anwendung der Bestimmung des § 273 BGB. auf

[1]) a. a. O. Bd. 34, S. 21.
[2]) a. a. O. S. 623.

die Fälle der §§ 867 und 1005 BGB. ausschließt, wird dem Grundstücksbesitzer ein Zurückbehaltungsrecht auch hier zuzubilligen sein. Im Gegenteil wird man per argumentum a fortiori ad minus wohl darauf schließen dürfen, daß das, was nach der ausdrücklichen Regelung in § 867 BGB. hinsichtlich des nur zu befürchtenden Schadens rechtens ist, erst recht von dem bereits entstandenen zu gelten hat. Denn es kann nicht der Sinn des Gesetzes gewesen sein, dem Grundstücksbesitzer, der die Sache nicht in Besitz genommen hat, das Zurückbehaltungsrecht nur wegen des Abholungsschadens zuzubilligen und diesen insofern schlechter zu stellen, als jeden Sachbesitzer, dessen Zurückbehaltungsrecht wegen des Anspruchs auf Ersatz von Verwendungen schlechthin vom Gesetz anerkannt ist, zumal es u. U. schwierig sein kann, die auf das Grundstück gelangte Sache in Besitz zu nehmen.

Damit wäre der Kreis der Einreden und Einwendungen gekennzeichnet, die dem Abholer vom Grundstücksbesitzer im Falle einer Klage aus §§ 867 bzw. 1005 BGB. entgegengehalten werden können.

---

§ 7. Schadensersatzpflichten.

I. Des Abholers.

Der Abholungsanspruch der §§ 867 und 1005 BGB. bezweckt, wie bereits angeführt, in der Hauptsache den Schutz des Abholers und bedeutet damit für den Grundstücksbesitzer eine recht erhebliche Beeinträchtigung seines Rechts auf uneingeschränkte Ausübung seines Besitzrechtes. Aus diesem Grunde heraus rechtfertigt es sich, daß dem Abholer als Ausgleich für die Duldungspflicht des Grundbesitzers eine Schadensersatzpflicht auferlegt ist, und zwar durch die Bestimmung des Satzes 2 des § 867 BGB., worin ausdrücklich festgestellt ist, daß der Abholer allen Schaden ersetzen muß, der dadurch entsteht, daß die Sache von ihm oder dem Grundstücksbesitzer aufgesucht und weggeschafft wird, ohne daß es dabei auf ein Verschulden ankommt[1]). Es gilt also auch nicht Deliktsrecht, so daß mehrere Aufsucher nicht etwa als Gesamtschuldner haften. Jedoch ist wohl per argumentum a fortiori die drei-

[1]) So auch Staudinger III, Bem. 3b zu § 867 BGB.; Planck III Bem. 5 zu § 867 BGB.; RGR.-Komm., Bem. 3 zu § 867 BGB.

jährige Verjährungsfrist des § 852 BGB. für die Schadensersatzpflicht für anwendbar zu erachten[1]).

Für Art und Umfang des Schadensersatzes sind die Bestimmungen der §§ 249ff. BGB. maßgebend[2]). Der Abholer hat demnach vor allen Dingen den ursprünglichen Zustand wiederherzustellen (so z. B. wenn beim Aufsuchen und Wegschaffen ein Blumenbeet zertreten wurde, dasselbe wieder in Ordnung zu bringen) und zwar, da die Aufsuchung und Wegschaffung einer Sache — nicht aber ihr Gelangen auf das Grundstück — den zum Schadenersatz verpflichtenden Umstand bildet, den Zustand, der bestehen würde, wenn die Aufsuchung und Wegschaffung unterblieben wäre. Der Grundstücksbesitzer kann aber statt dessen bei den meisten vorliegenden Sachbeschädigungen den zur Wiederherstellung erforderlichen Geldbetrag verlangen (§ 249, 2 BGB). Ihm ist auch nach § 252 BGB. entgangener Gewinn zu ersetzen, wenn z. B. beim Abholen einer Sache ein Erdbeerbeet zertreten wird und damit die zum Verkauf bestimmten Früchte vernichtet werden.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist es der Besitzer des Grundstückes, der berechtigt ist, Schadensersatz zu verlangen. Wolff[3]) will den Schadensersatzanspruch nicht dem Grundstücksbesitzer als solchem zusprechen, sondern nur dem, der den Schaden erleidet. Diese Ansicht dürfte auch die richtige sein, da der § 867 BGB. denjenigen, den der wirtschaftliche Schaden der gesetzlichen Verpflichtung trifft, für den hierdurch entstandenen Schaden entschädigen soll.

Die hierbei behandelte Ersatzpflicht bezieht sich, wie schon erwähnt, nur auf den Schaden, der durch das Aufsuchen und Wegschaffen einer Sache entstanden ist, nicht aber auch auf denjenigen, der durch das Gelangen der Sache auf das Grundstück angerichtet wird. Für diesen letzteren Schaden kommen die allgemeinen Bestimmungen der §§ 823ff. BGB. in Betracht[4]). Die Ersatzpflicht des Abholers ist also in diesen Fällen grundsätzlich vom Verschulden abhängig, da nur unter dieser Voraussetzung nach Deliktsgrundsätzen gehaftet wird.

---

[1]) So auch v. Tuhr, Allgem. Teil II, 2. S. 474ff.

[2]) Staudinger III, Bem. 3a zu § 867 BGB.; Turnau-Förster I, Bem. 7 zu § 867 BGB; Planck III, Bem. 5 zu § 867 BGB.

[3]) a. a. O. § 19, Ziff. 7, Abs. 3.

[4]) Staudinger III, Bem. 3c zu § 867 BGB; Dernburg III, § 28, Ziff. 6; Biermann III, Bem. 2 zu § 867 BGB.; Planck III, Bem. 5 zu § 867 BGB.

Nimmt der Abholer ohne vorherige Genehmigung des Grundstücksbesitzers die Aufsuchung und Wegschaffung vor, so handelt er nach § 858 BGB. widerrechtlich. Er haftet auch hier also, da § 858 BGB. ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz ist, gemäß den §§ 823ff. BGB. Diese Schadensersatzpflicht wird eine meist weitgehendere sein.

Gelangt eine Sache endlich durch unerlaubte Handlung des früheren Sachbesitzers auf das Grundstück, so haftet dieser nach §§ 823ff. BGB.; wird schließlich durch das Entlaufen eines Tieres Schaden verursacht, kann der Grundstücksbesitzer nach §§ 833, 834 BGB. Schadenersatz beanspruchen.

II. Des Grundstücksbesitzers.

Aber nicht nur der Abholer kann sich aus § 867 BGB. schadensersatzpflichtig machen, sondern auch der Grundstücksbesitzer. Diese Verpflichtung besteht ohne weiteres dann, wenn er in schuldhafter und widerrechtlicher Weise auf die Sache einwirkt. Abgesehen hiervon entsteht aber auch eine Schadensersatzpflicht für den Grundstücksbesitzer dadurch, daß er die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache grundlos verweigert. Dies kann darin bestehen, daß er ohne Grund dem Verlierer das Betreten seines Grundstücks nicht gestattet oder, obwohl kein Schaden zu befürchten ist, Sicherheitsleistung verlangt. Eine grundlose Verweigerung kann auch darin bestehen, daß der Grundstücksbesitzer die Erlaubnis von einer größeren als notwendigen Sicherheitsleistung abhängig macht, während die notwendige geboten war und schließlich, daß er, obgleich mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, dennoch die Gestattung von einer Sicherheitsleistung abhängig macht. Auch in diesen Fällen ist sowohl der entstandene indirekte Schaden als auch der entgangene Gewinn zu ersetzen. Da der Grundstücksbesitzer die Voraussetzung für die zu verlangende Sicherheitsleistung zu beweisen hat, ist der Abholer gegen eine schikanöse Ausnutzung des im § 867, 3 BGB. dem Grundstücksbesitzer gegebenen Rechtes hinreichend geschützt.

Es kann endlich wohl auch dadurch eine Schadensersatzpflicht begründet werden, daß der Grundstücksbesitzer bei Erteilung der Erlaubnis es schuldhaft unterlassen hat, den aufsuchenden Abholer auf eine mit dem Betreten des Grundstücks

verbundene Leibes- oder Lebensgefahr — auf dem Grundstücke befinden sich Fußangeln oder bissige Hunde — hinzuweisen.

§ 8. Konkurrenzprobleme.

Nachdem im Vorstehenden eingehend dargelegt worden ist, von welchen Voraussetzungen das Gesetz in den §§ 867 und 1005 BGB. die Geltendmachung des Abholungsanspruches abhängig gemacht hat, worin das Ziel und das Wesen dieses Anspruches zu erblicken ist, bleibt nur noch das Verhältnis zu erörtern, in welchem der Abholungsanspruch in den Fällen der §§ 867 und 1005 BGB. zueinander sowie zu § 1007 BGB. und ferner zur ordentlichen Eigentumsklage (rei vindicatio) einerseits und zum Besitzentziehungsanspruch des § 861 BGB. andererseits steht.

In den Fällen, in denen der Eigentümer zugleich auch unmittelbarer Besitzer der Sache ist, wird er aus praktischen Gründen seinen Anspruch wohl auch auf § 867 BGB. stützen, da er in diesem Falle nicht wie nach § 1005 BGB. sein Eigentum an der verlorenen Sache erst dartun und nachzuweisen braucht. Ist er dagegen nur mittelbarer Besitzer der auf das Grundstück gelangten Sache gewesen, so hängt seine Berechtigung zur Abholung derselben gemäß § 869, Satz 3 BGB. davon ab, daß der unmittelbare Besitzer den Anspruch nicht geltend machen kann oder will. Insofern ist also der Aktivlegitimation des mittelbaren Besitzers vom Gesetz ein subsidiärer Charakter beigelegt, so daß mit ihm ein Anspruch des unmittelbaren Besitzers nicht konkurrieren kann. Stützt jedoch der Eigentümer für den Fall, daß er mittelbarer Besitzer ist, seinen Abholungsanspruch auf § 1005 BGB., so ist eine Konkurrenz dieses Anspruchs neben dem Anspruch des unmittelbaren Besitzers durchaus möglich, da die Geltendmachung desselben nicht an die Voraussetzung des § 869, Satz 3 BGB. geknüpft ist. Für diesen Fall gesetzlicher Anspruchskonkurrenz erhebt sich die Frage, ob diese Ansprüche überhaupt nebeneinander bestehen können und ferner, in welcher Reihenfolge diesen beiden Ansprüchen Befriedigung gebührt. Da das Gesetz hierzu nichts sagt und zum andern der Grundstücksbesitzer durch das Bestehen beider Ansprüche in keiner Weise benachteiligt wird, weil jeder Abholende selbständig zum Schaden-

ersatz verpflichtet ist, so ist einmal zu sagen, daß dem Eigentümer unabhängig von der Ausübung des Abholungsanspruches des unmittelbaren Besitzers ein selbständiger Abholungsanspruch zu gewähren ist. Da weiterhin aber auch kein ausschlaggebender Grund dafür vorhanden ist, den einen dieser beiden Abholungsansprüche dem andern vorzuziehen, so wird weiterhin im Zweifel anzunehmen sein, daß bezüglich der Ausübung der Abholungsansprüche beide Ansprüche gleichen Rang haben, also der Grundsatz der Prävention zu entscheiden hat.

Dagegen ist wohl jegliche Konkurrenz der Ansprüche ausgeschlossen, die dem Sachbesitzer nach den §§ 867 und 1007 BGB. zustehen. Denn gerade durch den Zusatz im Texte des § 867 BGB.: „sofern nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen worden ist", bringt, wie oben dargelegt, das Gesetz deutlich zum Ausdruck, daß mit dem bloßen Gelangen einer Sache auf ein fremdes Grundstück noch kein Besitz für den Grundstücksbesitzer begründet wird. So oft dieser also die Sache in Besitz nimmt, ist damit die Anwendbarkeit der §§ 867 und 1005 BGB. ausgeschlossen und damit Raum für die Anwendung des § 1007 BGB. gegeben.

Das gleiche gilt von dem Verhältnis zwischen den §§ 867, 1005 BGB. einerseits und dem § 985 BGB. andererseits. Auch der Eigentumsanspruch setzt im Gegensatz zum Abholungsanspruch notwendig voraus, daß der Beklagte Besitzer der Sache ist, was aber den Anspruch der §§ 867 und 1005 BGB. notwendig ausschließt.

Es bliebe somit nur noch zu prüfen, ob ein Zusammentreffen des Abholungsanspruchs mit dem Besitzentziehungsanspruch möglich ist. Auch diese Frage ist ohne weiteres zu verneinen, da ja der § 861 BGB. zur Voraussetzung den Besitz des Beklagten hat, was aber die Geltendmachung der Ansprüche aus den §§ 867 und 1005 BGB. nach dem Dargelegten ausschließt. Da weiter, wie oben bewiesen ist, in den weitaus meisten Fällen der Abholer seinen Besitz verloren haben wird, könnte der Grundstücksbesitzer durch die Inbesitznahme der Sache auch keine verbotene Eigenmacht dem Abholer gegenüber verüben.

Nach alledem ist also zu sagen, daß in der Regel nur der Abholungsanspruch des § 867 BGB. und der des § 1005 BGB. miteinander konkurrieren kann. Die Geltendmachung des

ersteren bietet dem Eigentümer lediglich den Vorteil der Beweiserleichterung, sie erspart ihm insbesondere den Nachweis des Eigentums. Indes wird es Fälle geben, wo nur die Klage des § 867 BGB. bzw. die des § 1005 BGB. gegeben sein kann. Zu den ersteren sind die Fälle zu zählen, in denen der Kläger kein dingliches, sondern nur ein obligatorisches Besitzrecht (z. B. Mietrecht) geltend machen kann, oder wo in Ermangelung eines rechtsgültigen Kausal- und Erfüllungsgeschäftes nur gutgläubiger Besitz vorliegt. Ausschließlich dagegen wird der Anspruch aus § 1005 BGB. gegeben sein, wo der Kläger zwar das Eigentum erworben hat, ohne jemals den Besitz der Sache erlangt zu haben.

Aus dem Rahmen dieser Erörterungen völlig auszuscheiden hatten die Fälle, in denen das Gesetz aus Anlaß des unfreiwilligen Abhandenkommens von Sachen dem Berechtigten ein beschränktes Verfolgungsrecht zugebilligt hat, oder wo die Tatsache des Gelangens von Sachen auf ein Grundstück andere rechtliche Folgen als die der Entstehung eines Abholungsanspruchs geknüpft sind. Es sei nach dieser Richtung hin auf die Vorschriften des § 962 BGB., des Art. 69 EGBGB. in Verbindung mit der Preußischen Jagdordnung vom 31. 10. 1848 und dem Württembergischem Gesetz vom 27. 10. 1855 (insbesondere Art. 206), sowie dem Preußischen Fischereigesetz vom 27. 11. 1867, ferner des § 911 BGB. verwiesen. Diese Vorschriften als bloße Anwendungsfälle der §§ 867 und 1005 BGB. anzusehen, geht deswegen nicht an[1]), weil die darin geregelten Fälle entweder den an sich begründeten Abholungsanspruch überhaupt ausschließen[2]) oder aber zur Verfolgung und Wiedererlangung der Sache nicht nur einen klagbaren Anspruch, sondern darüber hinaus ein besonderes Selbsthilferecht gewähren, vor allem mit keinem Worte auf die §§ 867 und 1005 BGB. hinsichtlich der Voraussetzungen und Wirkungen inhaltlich irgendwie verweisen. Es können daher für die Auslegung und Bedeutung des sogenannten Abholungsanspruchs diese gesetzlichen Vorschriften überhaupt nicht herangezogen werden, so daß damit die Behandlung des Themas dieser Arbeit erschöpft ist.

---

[1]) Ebenso Planck; Biermann zu § 962 BGB.; Dernburg S. 384.
[2]) So § 911 BGB.

Anhang.

Stellungnahme zu dem Problem der „objektiven Störungslage".

Nur anhangsweise sei in diesem Zusammenhange noch zu dem Problem der „objektiven Störungslage" wegen der nahen Berührungspunkte mit den §§ 867 und 1005 BGB. Stellung genommen. Dieses Problem sucht ebenso wie der Abholungsanspruch der rechtspolitischen Forderung nach einer Ergänzung des Rechtsschutzes gegen die Beeinträchtigung von Sach- und Besitzrechten gerecht zu werden, und zwar für die Fälle, in denen diese Beeinträchtigung eingetreten ist ohne Zutun sowohl des in seinen Rechten Gestörten, wie desjenigen, von dessen Eigentum die Störung ausgeht. Es sei nach dieser Richtung hin des Falles gedacht, daß neben der Villa des A ein unbebautes Grundstück des B liegt, das einen Teich umschließt. Ein Spaßvogel setzt Frösche in diesen Teich, die sich stark vermehren und die den A in einer nach § 906 BGB. unzulässigen Weise belästigen.

Bei einer Untersuchung der Frage, wie dem A zu helfen ist, ließe sich an § 1004 BGB. denken, eine Vorschrift, die den Störer im Falle des Vorhandenseins eines dauernden beeinträchtigenden Zustandes dem Gestörten gegenüber dazu verpflichtet, auf eigene Kosten[1]) die Störung zu beseitigen. Die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf diesen Fall ist indes in der Literatur lebhaft umstritten. Die ablehnende Meinung[2]) wird damit begründet, daß man dem Beklagten, dem lediglich eine Störung des Eigentums zur Last falle, nicht ein materielles Opfer aus seinem Vermögen auferlegen könne, wo das Gesetz bei voller Entziehung des Eigentums lediglich vorschreibe, daß der Beklagte dann nur zur Auslieferung der Sache verpflichtet sei. Vor allem verlange das Gesetz eine Wiederherstellung des früheren Zustandes grundsätzlich nur dort, wo dem Täter ein Verschulden zur Last falle. Daher könne aus § 1004 BGB.

[1]) So Planck zu § 1004 BGB., Anm. 4a, Crome § 419, Note 30.
[2]) So vor allem v. Thur, I. Bd., S. 250 ff.

eine Beseitigungspflicht des gutgläubigen Beklagten zugunsten des gestörten Eigentümers nicht anerkannt werden. Verpflichtet sei vielmehr aus § 1004 BGB. der Störer nur dann, wenn er der Beseitigung der Anlage durch den gestörten Eigentümer widerspreche, da er nur dann eine störende Anlage „halte".

Diese Auslegung des Begriffes „halten" greift meines Dafürhaltens fehl und läßt sich vor allem nicht mit dem Wortlaut des § 1004 BGB. vereinbaren. Denn darin ist nirgends etwas davon gesagt, daß die Beseitigung einer Beeinträchtigung nur dort verlangt werden kann, wo eine schuldhafte Handlung des Störers vorliege. Es muß sonach genügen,[1]) daß mit dem Willen des Beklagten ein das Eigentum eines Dritten beeinträchtigender, mit seinem Inhalt in Widerspruch stehender Zustand aufrechterhalten wird. Ein solcher Zustand liegt aber bereits vor, wenn Anlagen auf dem Grundstücke gehalten werden, von denen beeinträchtigende Wirkungen ausgehen können. Der Inhalt dieses Eigentumsrechtes, mit der Sache nach Belieben zu verfahren,[2]) muß eben notwendig überall dort seine Grenze finden, wo ein Dritter hieraus schädigende Nachteile erleiden kann. In Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall ist daher zu sagen, daß mit dem Halten eines Teiches die Ansiedlung von Fröschen und der von diesen ausgehende Gesang als voraussehbare Folge verbunden ist. Wird hierdurch der Eigentümer eines anderen Grundstückes in einer das Maß des Gemeingewöhnlichen und Erträglichen überschreitenden Weise belästigt, so darf er mit seinem Eigentum insoweit nicht nach Belieben verfahren, sondern hat vielmehr dafür Vorkehrungen zu treffen, daß jegliche schädigende Einwirkung auf das Eigentum eines Dritten vermieden wird. Nach diesseitiger Ansicht bedarf es somit einer Ergänzung des Rechtsschutzes für die in ihren Sach- und Besitzrechten beeinträchtigten Personen nach geltendem Rechte nicht, da auch die Fälle, die nach anderer Ansicht unter dem Gesichtspunkte des Bestehens einer „objektiven Störungslage" zu behandeln sind, durch die Vorschrift des § 1004 BGB. geregelt sind.

---

[1]) So auch Jur. Woch., 1910, S. 654.
[2]) Vgl. § 903 BGB.

Lebenslauf.

Am 25. April 1903 wurde ich, Franz Robert Wilhelm Schönig, als Sohn des Oberingenieurs Franz Schönig und seiner Ehefrau Marie geb. Kellermann in Merseburg geboren. Ich besuchte zunächst von Ostern 1909 bis Ostern 1912 die Gehobene Bürgerschule in Merseburg und erhielt sodann von Ostern 1912 an meine weitere Schulbildung auf dem Domgymnasium daselbst, welches ich im Februar 1922 mit dem Zeugnis der Reife verließ. An den Universitäten in Tübingen und Halle (Saale) widmete ich mich dem Studium der Rechtswissenschaft und bestand am 9. und 13. März 1926 vor der Hohen Juristischen Prüfungskommission des Oberlandesgerichts zu Naumburg die erste juristische Staatsprüfung. Am 31. März 1926 wurde ich zum Referendar ernannt. Ich bestand sodann am 2. August 1928 vor der Hohen Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen die mündliche Doktorprüfung. Zur Zeit befinde ich mich bei dem Amtsgerichte in Merseburg zur Ausbildung.

Merseburg, im August 1928.